

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA**

**“LA MEDIDA DE APREMIO PERSONAL POR INCUMPLIMIENTO DE
OBLIGACIONES ALIMENTICIAS: PODER PUNITIVO LATENTE.
ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.”**

MARÍA CLARA CABRERA

DIRECTOR: DR. NICOLÁS SALAS PARRA

QUITO, 2017

Quito, 08 de noviembre de 2016

Señor doctor

Íñigo Salvador Crespo

Decano de la Facultad de Jurisprudencia

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Señor doctor

Gonzalo Vaca Dueñas

Secretario Abogado de la Facultad de Jurisprudencia

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

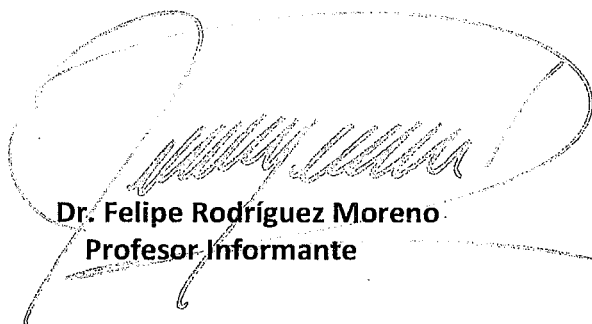
En contestación al oficio No. 004-SJG-2016, de 28 de octubre de 2016, a través del cual se me corrió traslado con la designación de Profesor Informante de la disertación de abogacía titulada "LA MEDIDA DE APREMIO PERSONAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS: PODER PUNITIVO LATENTE. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA" de la estudiante María Clara Cabrera Miranda, me permito, dentro del plazo señalado para el efecto, presentar mi informe en los siguientes términos:

- A) La tesis presenta un tema de investigación novedoso, revestido de la polémica social que ha causado el apremio personal por alimentos en nuestro país, enfocado ya no sólo desde el Derecho Civil, sino ahora desde el Derecho Penal, al convertir, en criterio de la estudiante María Clara Cabrera Miranda, al apremio personal en una forma de poder punitivo latente perteneciente a la institucionalidad del Derecho Penal.
- B) La tesis presenta una fusión analítica entre las instituciones penales y civiles, haciendo entender a quien la lee que estas dos ramas se juntan indiscriminadamente, casi en la clandestinidad filosófica, para obtener el resultado de una figura que termina siendo punitiva dentro de una rama que no permite tal intromisión.
- C) Finalmente, la autora genera una polémica propuesta y no se queda en un simple análisis de la realidad: propone tipificar como delito la "*omisión de asistencia familiar*", convirtiendo al incumplimiento de obligaciones filiales en delito y al apremio personal ya no en un medio coercitivo de intimidación, sino en una verdadera pena.
- D) Tipificar una conducta y asociarla con una consecuencia privativa de libertad es una gran responsabilidad, un riesgo filosófico, pero además, debe ser el resultado de un análisis profundo de política criminal y política penal.
- E) Pese a que considero que la propuesta es osada, arriesgada y bastante puntivista, la cual no comparto en su totalidad por cómo es presentada, sin duda es una postura defendible y, <<defendible>>, es precisamente la característica esencial de una postura jurídica para que sea valedera. Es por ello que considero que esta tesis y su

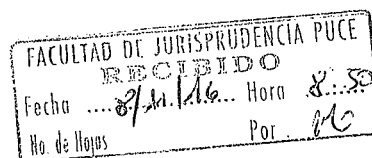
propuesta es susceptible de ser aprobada, al menos en su texto escrito (el cual es muy bueno), pero aún falta que la estudiante pueda jugar el rol de verdadera abogada, esto es, poder defender, oralmente, su postura.

- F) Por último, cabe mencionar que pese a la cantidad de temas que la estudiante decidió tratar, hubo temas que quedaron en el aire, o que fueron analizados superficialmente, por lo que, de haberlo realizado de forma completa, su buena investigación hubiese tenido un contenido mucho más rico en dogmática. Tal es así que las instituciones “medidas cautelares”, “medidas de protección”, “prevención general positiva”, “prevención general negativa”, “prevención especial positiva”, “prevención especial negativa”, “reafirmación de la vigencia real de la norma” y “rehabilitación”, no fueron tratadas con la profundidad que ameritaba, lo que hace que el trabajo sea muy bueno, pero no extraordinario como pudo haber sido.
- G) Igualmente, la estudiante olvidó, previo a proponer la tipificación de un tipo penal, citar al autor más relevante en Derecho Penal Legislativo, José Luis Díez RIPOLLÉS, quien trata la fase pre-legislativa, legislativa y post-legislativa, que toda tipificación obligatoriamente debe tener.
- H) Por todas las consideraciones expuestas, califico con 9 sobre 10 la disertación de abogacía cuyo análisis, lectura e informe se me ha encomendado.

Atentamente,



Dr. Felipe Rodríguez Moreno
Profesor Informante



Quito, 7 de junio de 2017

Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
Secretario Abogado
Facultad de Jurisprudencia
PUCE
Presente.-

Estimado Doctor:

En respuesta a su oficio No. 025-SJG-17 en mi calidad de Profesora informante de la Disertación intitulada "LA MEDIDA DE APREMIO PERSONAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS: PODER PUNITIVO LATENTE. ANALISIS DE JURISPRUDENCIA" elaborada por la señorita MARIA CLARA CABRERA MIRANDA, me dirijo a usted para informar sobre lo requerido.

El análisis sobre la medida de apremio personal por deuda de alimentos es muy importante y precisamente a nivel nacional ha sido materia de análisis en varias instancias. La disertación desarrolla adecuadamente el marco teórico sobre poder punitivo, y se ha incorporado aunque sin mayor profundidad lo relativo a la Doctrina de Protección Integral.


Al plantear como objetivo de la disertación el Análisis de Jurisprudencia se hace énfasis en argumentos de acciones en lugar de las resoluciones. Es indispensable que en la defensa se tome en cuenta la ya emitida SENTENCIA 012-17-SIN-CC de la Corte Constitucional en la que se hizo acumulación de la causa No. 0052-16-IN a las causas No 026-10-IN y 0031-10-IN, de Acción pública de inconstitucionalidad de artículos de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que resuelve reemplazar íntegramente al Art. 137 sobre Apremio personal en materia de alimentos., por otro texto, hasta que la Asamblea Nacional regule el asunto de manera definitiva, en aplicación de los argumentos indicados en esta sentencia.

Se aprecia que el análisis de legislación comparada aporta criterios para llegar a válidas conclusiones.

Se recomienda que se afine el texto en aspectos de forma para guardar uniformidad en citación y erradicar faltas de puntuación y ortografía.

Con estos antecedentes, califico la tesis con la nota de OCHO sobre diez (8/10)

Dra. Elizabeth García A.
Profesora Facultad de Jurisprudencia



DEDICATORIA

A mis padres, por ser mi guía y mi sustento.

Por siempre creer en mí.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, Eduardo y María Dolores, ya que gracias a su esfuerzo y respaldo, culminé una de las etapas más importantes de mi vida. Sin ustedes, nada de esto habría sido posible.

A mi hermana, por su valioso apoyo.

A Esteban Polo, por su apoyo y cariño infinito. Por ser siempre incondicional.

ABSTRACT

El propósito de la presente investigación, es demostrar que la medida de apremio personal por incumplimiento de obligaciones alimenticias reconocida en la legislación ecuatoriana, es una forma de ejercer el poder punitivo latente por parte del Estado.

Para poder llegar a dicho objetivo, dentro de los dos primeros capítulos de la presente disertación se han abarcado aquellos conceptos básicos y principios fundamentales del Derecho Penal y del Derecho de Niñez y Adolescencia, ligados a la problemática inicialmente planteada, que constituyen la base dogmática de la investigación. En este sentido, dentro del primer capítulo se desarrollan los conceptos comprendidos en la institución del “Poder Punitivo Estatal”, junto con sus principios limitadores, primordialmente el Principio de Mínima Intervención Penal y el Principio de Legalidad del Delito y de la Penal; mientras que, el segundo capítulo de la disertación está destinado para el desarrollo de conceptos y principios relacionados al Derecho de Niñez y Adolescencia, específicamente aquellos ligados con la obligación de prestar alimentos y al desarrollo del Principio del Interés Superior del Niño dentro del marco de la Doctrina de Protección Integral del niño.

Una vez concluido con el desarrollo de la parte dogmática de la investigación, se analiza a la medida de apremio personal desde un enfoque normativo, y se la confronta con los elementos constitutivos de la sanción penal por medio de legislación comparada, con el objeto de conocer si es que dicha institución ha sido legislada correctamente en el Ecuador.

Así también, a fin de conocer si a través de esta medida se ejerce el poder punitivo latente, se efectúa un análisis casuístico de personas privadas de la libertad por haberse constituido en morosos alimenticios y se realiza un test de proporcionalidad en el cual se analiza si la prescripción normativa persigue un fin constitucionalmente previsto y si sus consecuencias jurídicas son proporcionales en relación a los bienes constitucionales protegidos; cuyas conclusiones obtenidas evidencian la necesidad de efectuar una reforma legal y abren la posibilidad de una mejor regulación, a partir de la tipificación de un delito.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. CONCEPTOS Y PRINCIPIOS PENALES QUE SUSTENTAN EL SISTEMA PENAL ACTUAL APLICABLE A LA PROBLEMÁTICA.....	3
1.1. Poder Punitivo Estatal.....	3
1.1.1. Definición y clasificación del poder punitivo o ius puniendi.....	5
1.1.1.1. Poder Punitivo Manifiesto.....	6
1.1.1.2. Poder Punitivo Latente.....	7
1.2. Mínima Intervención Penal: principio limitador del poder punitivo latente.....	9
1.3. Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos.....	14
1.4. Principio de legalidad del delito y de la pena.....	16
1.5. La función social de la pena y sus elementos.....	21

CAPÍTULO II

2. CONCEPTOS Y PRINCIPIO QUE SUSTENTAN EL SISTEMA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA APLICABLE A LA PROBLEMÁTICA: PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.....	23
2.1 Principio del Interés Superior del Niño.....	28
2.1.1. Reconocimiento internacional del Interés Superior del Niño.....	28
2.1.2. Concepto jurídico indeterminado.....	35

2.1.3. Criterios de aplicación o determinación del interés superior del niño.....	37
2.2. Derecho de alimentos y obligación de alimentos.....	47
2.2.1. Derecho de alimentos.....	47
2.2.1.1. Naturaleza jurídica del derecho de alimentos.....	48
2.2.1.2. Titulares y obligados.....	50
2.2.2. Obligación de alimentos.....	52

CAPÍTULO III

3. LA MEDIDA DE APREMIO PERSONAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	55
3.1. Legislación vigente: medida de apremio personal en materia de alimentos.....	55
3.1.1. Evolución Histórica de la medida de apremio personal en el Ecuador.....	56
3.2. Incumplimiento alimenticio; excepción a la prohibición de la “prisión por deudas”...60	
3.3. Privación de la libertad vista únicamente como una sanción penal.....	63
3.4. Legislación comparada: Perú y España.....	67

CAPÍTULO IV

4. ANÁLISIS EMPÍRICO (JURISPRUDENCIA APLICABLE AL TEMA).....	72
4.1. Análisis de fallos jurisprudenciales.....	72
4.1.1. Fallos de primera instancia.....	73
4.1.2. Resoluciones del Tribunal Constitucional de la República del Ecuador.....	85
4.2. Test de proporcionalidad de la medida de apremio como consecuencia del incumplimiento de pensiones alimenticias.....	89

4.3. Necesidad de regulación en el ámbito penal e implementación de otras medidas alternas.....	96
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	108
BIBLIOGRAFÍA.....	109
ANEXOS.....	115

INTRODUCCIÓN

El poder punitivo del Estado es uno de los elementos sustanciales considerados dentro del Derecho Penal; el cual, ha tenido una importante evolución a través de la historia. Inicialmente, el poder punitivo estatal no tenía limitación alguna, por el hecho de que se consideraba que emanaba directamente de Dios, a través de ciertos hombres en la tierra. No obstante, a medida de que el hombre fue evolucionando, la concepción del origen y el fin del poder punitivo del Estado fue reformándose; llegando así, a la delimitación de su ejercicio por parte de los agentes estatales.

El ejercicio de este poder punitivo, siempre debe estar legitimado por medio de normas penales, las cuales deben cumplir con requisitos sustanciales para ser reconocidas como tal; caso contrario se vulneraría los principios que lo limitan (poder punitivo manifiesto). Sin embargo, el poder punitivo al ser ejercido de manera ilegítima por parte de los agentes estatales, ocultándolo bajo otras normas jurídicas, y habilitándolo por medio de normas no penales (poder punitivo latente); pone al legislador frente a la obligación de eliminarlo inmediatamente, o convertirlo en manifiesto.

En este contexto, la presente investigación tiene como objetivo determinar si es que la medida de apremio personal por incumplimientos de obligaciones alimenticias en el Ecuador, es una forma de ejercicio del poder punitivo latente. Para lo cual, se propone estudiar los principios y conceptos que rigen el sistema penal actual, aplicable a la problemática, así como el principio del interés superior del niño, a fin de tener los elementos doctrinarios suficientes para poder efectuar de manera correcta el análisis.

Cabe mencionar, que en esta investigación no se cuestiona la sanción de privación de la libertad por incumplimiento de obligaciones alimenticias; se acepta dicha excepción a la prohibición de la “prisión por deudas” y bajo ésta premisa, se pretende demostrar que la medida de apremio personal contemplada en la legislación ecuatoriana, se encuentra mal legislada; constituyendo así, una forma de ejercicio del poder punitivo latente.

Así también, se analiza a la medida de apremio personal por incumplimiento de pensiones alimenticias, ayudándonos de legislación comparada, y se la compara con la sanción penal de privación de la libertad, para así poder demostrar la hipótesis inicialmente planteada.

Finalmente, se realiza un análisis práctico de casos actuales y relevantes, que ayudan sustancialmente a la demostración de lo deseado, y se analiza si es que la consecuencia contemplada actualmente por la legislación ecuatoriana es proporcional al hecho, mediante el test de proporcionalidad respectivo; cuyas conclusiones evidencian la necesidad de una reforma legal, y tipificación de un delito.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS Y PRINCIPIOS PENALES QUE SUSTENTAN EL SISTEMA PENAL ACTUAL APLICABLE A LA PROBLEMÁTICA

1.1. Poder Punitivo Estatal

Para llegar al correcto desarrollo de la presente disertación, debemos partir precisando ciertas definiciones y principios del Derecho Penal, mismas que nos ayudarán con la comprobación de la hipótesis planeada inicialmente.

Conocemos que el Derecho Penal es una de las ramas más antiguas de la ciencia jurídica, por lo cual existen un sinnúmero de autores y tratadistas que dedican obras enteras al estudio de esta rama del Derecho. Sin embargo, con el afán de que esta disertación sea totalmente comprensible para el lector, hemos de limitar la investigación de la misma, sobre los exponentes más importantes exponentes Derecho Penal, cuyas teorías sirven de soporte doctrinal para el desarrollo y solución de la presente problemática. Para lo cual, antes de iniciar el respectivo análisis, es necesario establecer que dentro de este primer capítulo únicamente nos referiremos sobre la parte general del Derecho Penal, es decir, aquellos conceptos, definiciones y principios que rigen el saber jurídico de esta rama del Derecho.

Ahora bien, daremos inicio al desarrollo de la presente disertación tomando como referencia el concepto sobre Derecho Penal otorgado por el tratadista Luis Jiménez de Asúa (2002), mismo que va a ser utilizado a lo largo de la disertación, y que se cita a continuación:

“El derecho penal es aquel conjunto de normas y disposiciones jurídicas que **regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado**, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma con una pena finalista o una medida aseguradora.”(p. 78)
(Las negrillas me pertenecen)

Si bien este concepto al cual nos referimos es actual, contiene los dos elementos más importantes del Derecho Penal, que han sabido ser explicados desde varias décadas por los conocedores de esta ciencia. Una de las divisiones principales de esta rama del Derecho, es la parte subjetiva y la parte objetiva, antiguamente entendido como *el ius poenali* y *el ius puniendi*.

Según el autor Juan Bustos Ramírez (2005: 7), el Derecho Penal objetivo “es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, ya la pena, como legítima consecuencia.”. En este sentido, podría decirse que esta clasificación del Derecho Penal hace referencia a las normas penales establecidas en el cuerpo normativo competente, las cuales determinan cual es el hecho punible, es decir, la conducta que ha violentado un bien jurídico protegido, y cuál es la pena que debe ser impuesta sobre aquel que ha delinquido. Por el otro lado, el mentado autor se refiere al Derecho Penal Subjetivo, simplemente como el poder punitivo del Estado, es decir, la capacidad coercitiva Estatal.

Antes de adentrarnos a la explicación del poder punitivo o el *ius puniendi*, materia central de la presente disertación, es necesario referirnos a ciertas características del Derecho Penal, que reforzarán esta teoría del Derecho Penal Subjetivo o del poder punitivo del Estado.

Según el autor Eugenio Zaffaroni (2011: 43), quien tiene la misma línea de pensamiento que los tratadistas anteriormente mencionados, reconoce que el Derecho Penal busca “precautelar y tutelar bienes jurídicos protegidos, mediante la coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor”. En esta definición, se rescatan tres características importantes del Derecho Penal, su carácter público, sancionatorio y represivo. El primer elemento mencionado, se debe a que el Estado, dentro de sus correspondientes funciones, está encargado de precautelar los derechos fundamentales de la persona, que no han podido ser protegido por otras ramas del Derecho. En este sentido, para lograr dicho objetivo se deben construir los tipos penales, determinar sus penas, y condenar el cometimiento de dichos actos ilícitos, llamados delitos; tomando en cuenta, todos aquellos fundamentos y principios establecidos en la Constitución del Estado más importantes parten del Derecho Constitucional, hecho que ratifica su carácter de público. (Zaffaroni, 2011: 15).

Por otro lado, el carácter represivo y sancionatorio del Derecho Penal van de la mano, ya que el primero se hace efectivo al momento de establecer normas legales que limitan o “reprimen” la conducta de las personas, mientras que el segundo actúa cuando se vulnera aquel bien jurídico protegido, y se configura el acto prohibido, siendo éste parte del poder punitivo del Estado. En este sentido, teniendo en consideración que el poder punitivo es aquella potestad estatal de castigar cuando se ha violentado una norma penal determinada en el ordenamiento jurídico que rige a la sociedad, el carácter sancionatorio actuaría como consecuencia de dicha violación legal. (Zaffaroni, 2006: 79).

En este sentido, una vez aclarado dichos elementos esenciales de esta rama del Derecho, procederemos a precisar lo que se tiene entendido como poder punitivo estatal o *ius puniendi*.

1.1.1. Definición y clasificación del poder punitivo o “ius puniendi”

Para poder definir específicamente al poder punitivo, es necesario traer a colación que la acepción “Derecho Penal” puede ser entendida desde diversos aspectos, mismos que deben ser diferenciados debidamente, a fin de poder estudiarlos de mejor manera.

Siguiendo la misma línea de pensamiento previamente mencionada, el tratadista Zaffaroni (2011: 16) diferencia entre la legislación penal, el poder punitivo, y la ciencia jurídico-penal; siendo éstos, tres conceptos que muchas veces se quieren referir cuando se habla del Derecho Penal, que se da por la equivocidad de dicha expresión. En este sentido, entendemos a la legislación penal como aquel conjunto de normas penales, cuyo responsable directo es el legislador; el poder punitivo, como la coerción estatal efectuada por los agentes ejecutivos, y la ciencia jurídico-penal, estudiada y elaborada por parte de los doctrinarios. No obstante, en el presente capítulo desarrollaremos el concepto y definición de lo que se entiende como *poder punitivo estatal*, y como es ejecutado en la práctica.

Continuando con la línea investigativa que nos corresponde, procederemos con la conceptualización del poder punitivo, entendido como “*todo ejercicio de coerción estatal que no persigue la reparación y tampoco contiene o interrumpe un proceso lesivo en curso o inminente*” (Zaffaroni, 2011:16). Para el autor Juan Bustos Ramírez, (2005: 21) negar la

existencia del Derecho Penal Subjetivo, es básicamente negar uno de los fundamentos más importantes para lograr comprender el saber jurídico penal y su sistema. La teoría que defiende acerca de esta división del Derecho Penal es bastante clara y firme, ya que establece que el *ius puniendi*, puede y debe ser reconocido como aquella única forma de violencia legítima que tiene el Estado.

Antes de poder establecer una norma jurídica que regula un comportamiento y establece sanciones graves, como la privación de la libertad de una persona, es indudable reconocer la capacidad o facultad del Estado para poder concluir que una conducta es penalmente punible. En este sentido, poder coercitivo del Estado no debe ser limitado únicamente como el acto posterior a la violación de una norma legal, sino también debe ser comprendido como aquel fundamento inicial que faculta la creación de una norma prohibitiva, y la consecuencia de su cometimiento. Para la mayoría de autores, el poder punitivo no cuenta con una clasificación en sentido estricto, sin embargo para el tratadista Eugenio Zaffaroni (2011: 16), reconocer que existen dos formas en las cuales este poder punitivo puede actuar, es trascendente para encontrar ciertas conductas que vulneran los principios que actualmente se consideran como fundamentales en el Derecho Penal; dividiendo al *ius puniendi*, entre manifiesto y latente.

1.1.1.1. Poder Punitivo Manifiesto

Para el autor previamente mencionado, el poder punitivo manifiesto es aquel que se encuentra positivizado en todas las normas penales, es decir, se encuentra en todas las penas establecidas por el cometimiento de infracciones penales. (Zaffaroni, 2011: 16)

El tratadista Alberto Binder (2004: 33), quien nos da una visión crítica respecto del poder punitivo, determina que éste es todo concepto que disfraza una acción violenta generada por el Estado, la cual deja de causar conmoción por el hecho de que se aceptó, desde el contrato social, la existencia del poder punitivo, a cambio de que la paz y justicia en la sociedad. Como podemos ver, se analiza el concepto de poder punitivo manifiesto, y establece que es toda coerción estatal, considerada como tal y debidamente precisada en la legislación penal. Un claro ejemplo en el que se exterioriza el ejercicio del poder punitivo, son las penitenciarías, centros de rehabilitación, cárceles, entre otros; mismas que se encuentran bajo la competencia

del Estado, como en nuestro país, que la ejecución de las penas es de competencia exclusiva de la Función Ejecutiva.

En este sentido, se puede afirmar que siempre que se hable de poder punitivo manifiesto, se debe tener en consideración que es toda acción coercitiva por parte del Estado, establecida, y reconocida en la legislación, cuyo fin es sancionar a aquella persona que ha infringido la ley penal (Binder, 2004: 34); pudiendo así concluir, que el poder punitivo manifiesto es el único tipo de poder punitivo que debe existir.

1.1.1.2. Poder Punitivo Latente

El poder punitivo latente es considerado como aquella acción coercitiva por parte del Estado que se encuentra oculto y se ejerce mediante leyes latentes o eventualmente penales (Zaffaroni, 2011: 16).

Retomando la posición adoptada por parte del autor Alberto Binder (2004: 34) respecto del *ius puniendi*, se podría afirmar que el poder punitivo latente se evidencia cuando el accionar violento del Estado, rebaza el campo penal y se inserta en otras ramas del Derecho; sin que la sociedad se percate del hecho ocurrido. Por lo cual, se concluye estableciendo que el ejercicio de este tipo de coerción estatal, deriva indudablemente en un actuar inconstitucional, ilegal y arbitrario por parte del autoridades estatales, generando en los jueces la obligación de que, una vez detectado, lo conviertan en manifiesto, o lo eliminen mediante el actuar de los legisladores.

En conclusión, se puede determinar que lo manifiesto es todo aquellos que está habilitado por leyes penales manifiestas, es decir, positivizadas en el cuerpo normativo competente, y lo latente es todo aquello que está habilitado por leyes penales latentes o eventualmente penales, que son aquellas que no tienen el nombre de leyes penales, ni son consideradas como tal, pero en la práctica se evidencia que dicha norma carácter de penal (Zaffaroni, 2011:17). Así también, vale la pena mencionar que aquellos quienes están llamados a ejercer el poder punitivo latente son las agencias ejecutivas (policía, fiscal, centro de rehabilitación); quienes

están habilitadas por las leyes penales latentes o eventualmente penales, creadas por parte de los legisladores.

Ahora bien, una vez explicado la clasificación del *ius puniendi*, es necesario analizar sus formas de ejercicio, y traer a colación algunos ejemplos otorgados por los autores previamente mencionados.

Para el autor Eugenio Zaffaroni (2011: 29) el ejemplo más claro de ejercicio de este tipo de poder punitivo es el servicio militar obligatorio, los internados o los asilos de ancianos; mismos que no son considerados como centro de reclusión, pero su función evidencia que las personas han vivido una especie de “pena”. Muchas veces la coerción estatal, ha venido escondida debajo un discurso “solidario” o “generoso”, que no ha sido percatado por nadie, pero ha permitido la imposición de “penas”, en razón de que la libertad de una persona se encuentra mermada en contra de su voluntad. Otra ejemplificación del poder punitivo latente, se da en casos de los centros psiquiátricos, reformatorios, o centros de rehabilitación de vicios o adicciones, frente a los cuales la norma legal ha habilitado la opción, de que se practiquen tratamientos dolorosos, o situaciones que vulneren su integridad personal, con el fin de detener un acto o un hecho contrario al orden social.

Así también, el penalista Alberto Binder (2004: 35) reconoce las referidas formas de ejercer el poder punitivo latente, y brinda en su texto, otro ejemplo que merece la pena ser mencionado. Lo que el autor llama como “la zona gris” son aquellos casos normas jurídicas o sanciones legales, que inicialmente pueden decirse que pertenecen a otra rama del Derecho, pero cuando comienza a ser aplicada, se evidencia que cumple con la misma función que una norma penal. Como por ejemplo, partimos de la multa, que es una sanción de carácter pecuniario perteneciente muchas veces al campo civil o administrativo, que de manera general, nada tiene que ver con el Derecho Penal. Sin embargo, existen muchas ocasiones que el valor o la suma de dinero o bienes que deben ser entregados por concepto de pago de la multa, lleva a la persona a una situación que vulnera su libertad o adquiere una calidad de confiscación cumpliendo con una función penal que es el castigo de aquella persona mediante el ejercicio de coerción estatal que afecta al individuo de igual o más medida que una pena.

En este sentido, no necesariamente existe intención del legislador de crear este tipo de normas que se configuran en poder punitivo latente, ya que en varias ocasiones derivan de obligaciones o hechos que indudablemente pertenecen a otra rama del Derecho; sin embargo, es obligación de los jueces de informar, o de los legisladores de reformar, este tipo de normas, sobre todo cuando involucra la vulneración de un derecho fundamental, o de principios constitucionales.

1.2. Mínima Intervención Penal: principio limitador del poder punitivo latente

Aquella salvedad reconocida y completamente legitimada del Derecho Penal, mediante la cual el Estado puede condenar una conducta determinada, produjo que históricamente se comentan abusos y actuaciones completamente arbitrarias; teniendo en consideración que el mandante no tenía limitación alguna respecto de su competencia, y determinaba las penas o castigos por actos que muchas veces no habían sido tipificados, vulnerando así ilegítimamente los derechos fundamentales de aquellos que habían delinquido, y hasta de aquellos que no lo habían hecho. Es por esto que, con la Revolución Francesa nace el deseo del ser humano de poder mantener una convivencia pacífica, con el fiel respeto de sus derechos; elementos que fueron agregados como un deber ser de las autoridades que gobiernan la nación. (Muñoz Conde, 2004:73)

Ésta es la línea de partida, para que el Derecho Penal actual reconozca aquellos límites establecidos respecto de su capacidad coercitiva represiva y sancionatoria, para crear, aplicar y ejecutar la norma penal; considera a los mismos como instrumentos o herramientas de defensa frente a las vulneraciones y arbitrariedades. Inicialmente, se efectuaron limitaciones de manera general, mismas que se fueron adecuando dependiendo de la forma de gobierno de cada Estado. Dicho en otras palabras, en un Estado Constitucional el fin es garantizar el cumplimiento y el respeto de sus derechos fundamentales, por lo que el Derecho penal deberá adecuarse al mismo; mientras que en un Estado totalitario, el Derecho Penal deberá ser totalmente represivo y castigador. En este sentido, la legitimidad del Derecho Penal en cada Estado, está trazada por los principios fundamentales reconocidos por sus propios cuerpos normativos (Muñoz Conde, 2004: 74).

En manera de conclusión, el propio autor reconoce que en sentido estricto, el Derecho Penal debe ser reconocido como aquel encargado de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas; sin embargo, muchas veces se ha violentado dicho delineamiento fundamental por parte de las autoridades responsables de su correcto funcionamiento, y se ha llegado a la necesidad de estipular normativamente los principios bases limitadores del poder punitivo estatal; dentro de los cuales se encuentra el principio de mínima intervención penal.

Dicho principio ha sido recogido por varios instrumentos públicos, y de manera específica, por la Constitución de la República del Ecuador, razón por la cual hemos de dedicar un subcapítulo de la presente disertación, a fin de desarrollar y analizar lo que este principio comprende.

Según el tratadista José Sainz (1982: 71), la mínima intervención penal puede llegar a ser correctamente desarrollada si es que nos referimos respecto de dos características principales del Derecho Penal: su carácter fragmentario, y de “*última ratio*”.

Dicha afirmación, se la realiza en razón de que el Derecho Penal debe intervenir únicamente cuando se necesita precautelar aquellos derechos fundamentales, respecto de los cuales las otras ramas del Derecho son consideradas como insuficientes. Como se ha mencionado con anterioridad, todas las ramas del Derecho tienen el objeto de regular ciertas circunstancias, a fin de que exista una convivencia pacífica, y precautelar los derechos de cada integrante de la sociedad (Sainz Cantero, 1982: 72). En este sentido, existen ciertas conductas respecto de las cuales las sanciones administrativas o civiles no van a ser suficientes, ya sea por el acto cometido, o por el daño causado. Por lo cual, aquellos derechos considerados como fundamentales van a ser los protegidos por esta rama del Derecho, tomando el nombre de “bienes jurídicos protegidos”. Es imperante traer a colación, que este autor afirma la existencia de este principio, a fin de controlar el poder punitivo del Estado, es decir, que este principio debe ser consagrado para así limitar legítimamente el poder punitivo estatal, y así evitar abusos y excesos por parte de los agentes estatales; teniendo así dos objetivos principales, la limitación al *ius puniendi*, y el posicionamiento correcto del Derecho Penal, el de *ultima ratio*.

Otra perspectiva que nos puede ayudar con la comprensión del carácter fragmentario del Derecho Penal, es la otorgada por el autor Santiago Mir Puig (2006: 81) ; el cual indica que se debe partir de la “incriminación de conductas sociales”, sin la cual no pudiera efectuarse la “intromisión” de esta rama del Derecho. En este sentido, su campo de acción se limita únicamente a una fragmento de la totalidad de las conductas ilegales, que necesitan de su regulación y sanciones, a fin de evitar y reparar el daño causado. De éste modo, podemos ver que existe un sistema establecido en el cual el Derecho Penal debe encontrar su campo de acción únicamente sobre aquellas acciones o aquellos comportamientos que violenten bienes jurídicos precautelados dentro de la norma penal. De aquí se desprende la fragmentación del Derecho Penal, o el carácter fragmentario del mismo, que establece que el Derecho Penal no va a actuar frente a todos los actos que puedan vulneran de manera menos lesiva a un bien jurídico protegido, sino respecto de sus ataques más peligrosos (Sainz Cantero, 1982: 74).

Por otro lado, para el autor Muñoz Conde (2004: 74), este principio establece que el único momento en el que el Derecho Penal está permitido actuar es en aquellos cosas en los que no existe ninguna solución en las otras ramas del derecho, (última ratio) y cuando se han violentado de forma grave los bienes jurídicos más importantes (carácter fragmentario del Derecho Penal). Todo Ordenamiento Jurídico tiene como fin la protección de derechos, mediante el cumplimiento de las normas ahí contenidas. Sin embargo, cuando otras ramas fracasan en su labor de precautelar dichos derechos, el Derecho Penal tiene la obligación de actuar de manera de manera subsidiaria, secundaria o accesoria; criterio que comparte el autor Alberto Binder (2004: 39), mismo que determina que el carácter de *última ratio* muchas veces ha pasado desapercibido por parte de los legisladores, razón por la cual se han criminalizado muchas conductas que en realidad no debían haber sido tomadas en cuenta por el Derecho Penal, abusando así de su facultad de recurrir al poder penal. Por esta misma razón, es imprescindible que este carácter de fragmentario o de *última ratio*, siempre sea tomado en consideración, y respetado por los legisladores al momento de tipificar un delito.

El tratadista previamente mencionado (Muñoz Conde, 2004: 75) se expresa de manera disconforme respecto de la característica subsidiaria del Derecho Penal, ya que dicho carácter fragmentario, ha sido interpretado de manera errónea, considerando a ésta rama del Derecho menos importante por el simple hecho de ser secundaria. Es necesario tomar en cuenta que el

Derecho Penal tiene la misma importancia y jerarquía que todas las ramas del Derecho, cuya diferencia radica en la capacidad de sancionar; en razón de que éste interviene por la magnitud de daño al bien jurídico protegido. Por lo que, la razón principal por la que dicha rama del Derecho tenga aquel carácter de fragmentario, es por el hecho de que la sanción impuesta implica la vulneración de los derechos del que ha delinquido.

En este sentido, podríamos determinar que el carácter fragmentario de la norma penal, hace referencia a su subsidiariedad respecto del resto de ramas del Derecho, por su relación de interdependencia, más no como una situación de subordinación frente a las otras normas jurídicas. Un caso claro que nos propone el mentado tratadista, es respecto de la *doble sanción* que se puede efectuar sobre un mismo hecho cometido. En el caso de la malversación de fondos públicos por parte de un funcionario, se encuentra regulada en el Código Orgánico Integral Penal, mismo que le impone la pena respectiva: sin embargo, existe otra sanción reconocida por otro cuerpo normativo, que es la separación definitiva de su cargo e imposibilidad de ejercer un puesto público nuevamente (Muñoz Conde, 2004:77). Aquí podemos encontrar una forma de ejercicio de aplicar una doble sanción y de la interdependencia de varias ramas del derecho, específicamente la penal y la administrativa, sobre todo porque una de ellas trae como consecuencia a otra, más no por el hecho de querer empeorar la situación de aquella persona.

El tratadista Santiago Mir Puig (2006: 81) nos da otro punto de visto acerca del principio de mínima intervención, coincidiendo en ocasiones con lo defendido por el autor Francisco Muñoz Conde. El autor comprende que el derecho penal permite al Estado a actuar como invasor en el ámbito de la esfera de actuación de la libertad del ciudadano en una sociedad, y por esta esta facultad especial, deben establecerse claramente cuáles son sus límites de acción, y cuando es legítima su actuación. La mínima intervención penal pasa a tener una función limitadora, respecto de esta facultad o capacidad del Estado en diferentes puntos de vista; por una parte, determina cuales actos o conductas son las que deben ser sancionadas, y por otro lado, determina la proporcionalidad de las sanciones que deben ser impuestas dependiendo de la gravedad de la acción que se ha cometido. Para que un Estado pueda cumplir con este principio es necesario que mantenga un sistema de gobierno coherente, es decir, un Estado totalitario no puede contemplar este principio de mínima intervención penal, puesto que su

carácter represivo y sancionador, se va a contraponer respecto de los postulados principales del mencionado principio. Por otro lado, si hablamos de un Estado social o de Derecho, se entiende que el principio de mínima intervención va a ser aplicado íntegramente y su sistema penal va a tener que ir conforme al mismo; cuya intervención se justificaría únicamente en aquellas situaciones que sea necesaria para la protección y bienestar de los propios ciudadanos.

Muchas veces este principio es utilizado por parte del Estado de manera abusiva dejando de ser únicamente para aquellas acciones graves e inmiscuyéndole en otras áreas del Derecho, que son igual o más efectivas para sancionarlas. (Mir Puig, 2006: 81) De esta manera el Derecho Penal pasa a ser meramente un instrumento sancionador de apoyo de normas no penales, perdiendo su esencia y sentido, incumpliendo con su fin último, que es intentar “mantener” una convivencia pacífica mediante la criminalización innecesaria de conductas.

El mismo autor (Mir Puig, 2008) concuerda con lo establecido anteriormente, en el punto de que el Derecho Penal no solo sanciona acciones derivadas de las relaciones jurídicas entre particulares perteneciente a otras ramas del Derecho sino que mantiene sus propias normas de conducta, prohibiendo las mismas e imponiendo sanciones, *“el Derecho Penal no solo se compone de “normas secundarias” dirigidas al juez, sino también de “normas primarias” dirigidas al ciudadano”* (p.81).

En virtud de lo cual, podemos concluir indicando que el principio de mínima intervención penal puede ser resumido en dos postulados importantes: el carácter fragmentario del Derecho Penal, y la subsidiariedad del mismo. Esta rama del Derecho, debe actuar únicamente ante aquellos derechos que por su importancia son considerados como bienes jurídicos protegidos, limitando su actuación sobre aquellas conductas que se consideran más lesivas a estos bienes jurídicos. En este sentido, el Derecho Penal no actuará en todos los casos que se hayan lesionado bienes jurídicos protegidos, sino ante aquellos más lesivos. Así también, actuará frente a situaciones que las otras ramas del Derecho no son suficiente para restaurar y preservar el orden jurídico, activando así su carácter de *última ratio*.

1.3.Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos

Otro principio limitador para el ejercicio del *ius puniendi*, es el de exclusiva protección de los bienes jurídicos. Para el autor Santiago Mir Puig (2006: 82), en su libro “Estado, Pena y Delito”, la política criminal debe ir de la mano con este principio, en razón de que el Derecho Penal debe sancionar exclusivamente lo necesario y no más allá de éste, caso contrario se invadiría el campo de acción de las otras ramas del Derecho y se violaría el principio de mínima intervención penal. Este principio, defiende la idea de que no todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección por esta rama del Derecho, únicamente aquellos que deben ser considerados como bienes jurídicos protegidos. Es responsabilidad del legislador crear un tipo penal que vaya de la mano con estos principios y sobre todo una norma que salvaguarde o sancione la transgresión de un bien jurídico protegido y que ese tenga esa clasificación por su importancia, más no por haberlo decidido de manera arbitraria.

Es evidente que ha existido una evolución respecto del concepto de “bien jurídico protegido”, ya que iniciamos en una época en la que no existía limitación alguna respecto del mismo, por lo que todo derecho podía considerarse como protegido por el Derecho Penal. Sin embargo, la continua limitación del campo de acción de esta rama del Derecho, conllevó a la determinación, de qué tipo de derechos son los que debía ser protegidos, o sobre cuales era necesaria su protección; teniendo como filtro la posibilidad de ser salvaguardados exitosamente por otra rama del Derecho. En este sentido, el Derecho Penal pasó a tener únicamente la función sancionadora, a buscar precautelar los bienes jurídicos protegidos por medio de la prevención de los mismos.

El tratadista (Mir Puig, 2006: 88) establece una fórmula para poder diferenciar un derecho, de los bienes jurídicos protegidos, desde la percepción político-criminal. Primero, hay que establecer si existe una *importancia social* de aquel bien jurídico, para que pueda ser protegido por el Derecho Penal. Para que exista una sanción tan grave como la pena, es necesario que la infracción tenga el mismo nivel de gravedad, ambos con un carácter penal proporcional. A diferencia de lo que se cree en general, la función sancionadora del Derecho Penal debe limitarse sobre las infracciones de normas únicamente penales, y no respecto de

infracciones a normas primarias, ya que éstas pueden ser protegida y sancionadas por la rama del Derecho Penal competente para hacerlo.

Por lo cual, para que pueda considerarse un derecho como bien jurídico protegido, es necesario que el mismo esté considerado como fundamental por la Constitución de un país, caso contrario se incurriría en una violación flagrante principio de mínima intervención penal. Lo que es necesario tomar en cuenta es que la Constitución no es un cuerpo normativo en donde se detallan todas las conductas aceptadas, sino que traza un límite de cumplimiento y respeto mínimo, que el poder público debe tener a favor de los ciudadanos; garantizando los derecho y respetando todos los principios reconocidos por ésta.

Ahora bien, cometeríamos un error al determinar que el parámetro constitucional es el único que debe ser tomado en consideración para establecer un bien jurídico protegido, en razón de que su innecesaria protección pudiera derivar en una vulneración al mismo. Para esto, es necesario establecer si es que este bien jurídico que se pretende proteger, es en efecto un interés social. Para lo cual, el autor nos menciona dos parámetros para corroborar si es que existe un interés social de resguardar el referido derecho; primero, determinando el efecto que tiene el mismo respecto del bienestar social, la importancia para los individuos.

En este sentido, si es que la vulneración de un derecho afecta gravemente al bienestar social, y de mayor manera a un individuo, nos encontramos frente a una situación donde es necesaria la intromisión del Derecho Penal; mientras que, la vulneración del referido derecho, únicamente afecta la individuo, más no al bienestar social, debe ser sancionado por el ámbito del Derecho que le corresponda. Por ejemplo, en un homicidio se afecta indudablemente al sujeto pasivo, al despojarle de uno de sus derechos fundamentales más importantes, y afecta así también al bienestar social, en razón de que pone en peligro al resto de la sociedad.

Para evitar incurrir en la criminalización de cualquier conducta que no lo merezca, o en la impunidad, es más que necesario analizar si es que aquel derecho afectado necesite ser protegido por el Derecho Penal, o si las otras ramas del Derecho son suficientes para ello, y así evitar la imposición de una sanción penal (Mir Puig, 2006: 89).

1.4. Principio de legalidad del delito y de la pena.

Aquella consecuencia o sanción de carácter penal es llamada también como “penalidad”, cuyos objetivos principales pueden ser: la prevención, en el sentido de que el delito cometido no sea repetido por el mismo sujeto, o por otros; la retribución, entendida como una venganza al daño causado, y por último como un mecanismo de rechazo por parte de la sociedad a aquel sujeto que ha infringido (Zaffaroni, 2006: 79). Es importante destacar, que el fin de la pena no siempre debe ser la “retribución” del daño causado, o el “rechazo” de aquel que ha delinquido, en razón de que la misma debe ir acorde con los principios reconocidos en la normativa de la sociedad, respecto de la cual va dirigida.

El penalista Clous Roxín, en su libro “Derecho Penal, Parte General” (1997: 137), realiza un análisis importante respecto de los objetivos del Ordenamiento Jurídico de un Estado, consecuencia de muchos abusos y arbitrariedades incurridas históricamente. Si bien las normas jurídicas tienen como fin la protección de ciertos derechos, o viene jurídico de los individuos, también señala los lineamientos, límites, y facultades que tiene el propio Estado, para evitar que intervenga con el desarrollo de la libertad del hombre en sociedad.

En este sentido, para proceder a la explicación del presente principio, es necesario referirnos a la tan conocida frase establecida el tratadista Feuerbach, que es base del principio de legalidad de la pena y del delito: “*NULLUN CRIMEN NULLA POENA SINE PROEVIAT LEGE*”; es decir, sin ley previa no es posible concebir la existencia de un delito, y por ende de una pena.

Para poder comprender este principio procederemos a analizar detenidamente cada presupuesto de la frase anterior.

- No hay delito sin ley

Una persona no puede ser procesada por el cometimiento de un acto; ya sea muy lesivo para la sociedad, que agreda de manera grave algún interés social o hasta algún bien jurídico protegido, si es que el mismo no se encuentra tipificado en cuerpo normativo penal o sancionado su cometimiento o infracción.

Aunque este postulado es claro, y deriva en seguridad jurídica para el ciudadano, pueden desarrollarse ciertas críticas cuando, en ciertas ocasiones, ha llevado a incurrir en la

“impunibilidad” de un hecho que tenga como consecuencia grave alarma social, por el hecho de que el legislador no lo consideró pertinente tipificar. No obstante, no todos los actos de no han sido considerados en el cuerpo normativo pertinente, son consecuencia de la irresponsabilidad del legislador, en razón de que el hombre va evolucionando de manera integral, y lo que anteriormente no podía sin considerado como violatorio a un bien jurídico protegido, hoy en día si lo es. (Roxin, 1997: 137)

Si bien este es el único “riesgo” que puede tomar al momento de implementar un sistema penal garantista y de mínima intervención penal, no puede ser evitado de alguna otra forma, en razón de que incurriríamos nuevamente en aquellos actos que se intenta dejar atrás; la tipificación abusiva e inconsciente de conductas sociales; digno de un Estado totalitario en el cual prime la seguridad del Estado, antes del desarrollo de la libertad de la persona. (Roxin, 1997: 138)

- No hay pena sin ley

El segundo elemento que forma parte de la “fórmula” anteriormente establecida, es que no puede existir una pena si la misma no se encuentra establecida en la Ley. Una conducta puede ser llamada como “ilegal” o como “delito”, pero si no cuenta con todos los elementos de la norma penal, no puede ser considerada como tal.

Este supuesto establece que para que una conducta pueda ser considerada como delito, antes de que el hecho se haya realizado, debe estar determinada en la Ley como contraria al Ordenamiento Jurídico e imponer su respectiva sanción o pena. Puede darse la posibilidad de que se haya tipificado un delito e impuesto su pena, pero se ha decidido, por parte del legislador y después del procedimiento adecuado, reformar la misma. En este caso, el juez parte, al momento de declarar la culpabilidad de la persona y su responsabilidad penal, debe aplicar la ley que más favorezca al individuo, en razón del principio *in dubio pro reo*. (Roxin, 1997: 138)

Podríamos determinar que sin la existencia del primer presupuesto de la respectiva frase, nunca podría reformarse, cambiarse o considerarse de forma aislada al segundo; sin embargo, el ejemplo precedente muestra claramente la posibilidad de determinación de la pena aisladamente de la conducta.

Un análisis importante que realiza el tratadista Roxín (1997: 140) acerca de este supuesto es hecho es que el mismo no tiene rango constitución a diferencia del primer supuesto, es decir, que la pena de una conducta puede ser modificable, posterior al cometimiento del acto considerado como delito. En este caso, se puede aplicar el principio *pro homine*, mismo que está reconocido, tanto en la Constitución de la República del Ecuador como Internacionalmente; mismo que obliga a los agentes del sistema de gobierno a aplicar todo lo favorable al hombre. En este sentido, si es que nos encontramos ante una persona que al momento de cometer un delito, y de iniciarse el proceso penal en su contra, tenía una pena inicial es de 6 años, pero durante todo el proceso judicial del individuo se realiza una reforma legislativa y la pena baja a 3 años, el juez deberá sancionar con la pena más baja; favoreciendo así al imputado, y a todos individuos que han sido declarados culpables cuya pena se disminuye su pena a 3 años.

Retomando a nuestro tratadista inicial, para Francisco Muñoz Conde (2004: 102) el principio de legalidad es “el principal límite por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos. Para este autor la determinación de lo que se comprende por el principio de legalidad es simple ya que ninguna conducta ni pena puede establecerse o imponerse si es que antes del hecho no se ha encontrado ya en el Ordenamiento Jurídico y su incumplimiento traería consigo un hecho grave, la inconstitucionalidad. Se establece, a diferencia de Roxin, una especie de sub principios que rigen al principio de legalidad, en donde están comprendidos; el principio de reserva de ley, el de irretroactividad de la ley, *non bis inidem* y otros más que se explicarán en debido momento.

- Principio de reserva de ley

En este caso y como se ha mencionado, ninguna norma perteneciente al Derecho Penal puede ser válida si es que no está escrita; siendo su única fuente la ley. Este principio va de la mano con el de “taxatividad” o seguridad jurídica, el cual evidencia que no es un argumento meramente formalista el que obliga que toda la norma penal está escrita, en razón de la importancia de positivizar la misma, se da por el fin garantizar el cumplimiento de su función social; la estipulación de las conductas específicas (tipos penales) que son condenadas por el Derecho Penal, y sus respectivas consecuencias. (Muñoz Conde, 2004: 103)

Lo anteriormente determinado, es una forma de garantizar la seguridad jurídica respecto del ciudadano que se encuentra obligado a respetar la norma, cuyo cometimiento derivaría en la vulneración de uno de sus derechos fundamentales. Así el legislador logra, mediante la reserva de ley, cumplir con el garantismo material de tipificar las conductas reprochables por la sociedad y sus consecuencias, con diferentes fines pero el principal es de publicidad y de conocimiento por parte del individuo.

- *Non bis inidem*

El tercer sub- principio, que conforma el principio de legalidad, es el de *non bis inidem* o la cosa juzgada, que determina la prohibición o imposibilidad de ser juzgado doblemente por un mismo hecho. Este es uno de los principios que deben ser respetados por la mayoría de Estado, aunque los mismos no lo reconozcan en su Carta Magna, por el simple hecho de ser considerado como un principio universal. (Muñoz Conde, 2004: 104)

Una vez determinados los elementos o condiciones más importantes sobre las cuales se desarrolla el principio de legalidad del delito y de la pena, merece la pena traer a colación aquellas limitaciones, que se desarrollan como consecuencia del presente principio. Para lo cual, usaremos misma clasificación efectuada por los dos autores previamente citados, Muñoz Conde y Claus Roxin.

- Se prohíbe la analogía.

Otra característica importante que tiene esta rama del Derecho, es que la norma por ésta creada, solo puede ser interpretada o concebida de manera literal; razón por la cual, deben desarrollarse de manera clara todos los elementos del tipo penal, al momento de la creación de la misma. El presente principio de “interpretación literal” de la norma en el Derecho Penal, va de la mano con esta primera consecuencia: la prohibición de la analogía.

Existen dos tipos de analogías en el mundo jurídico; analogía “legal”, y analogía “jurídica”. Respecto de la primera, podríamos indicar que se realiza respecto de un presupuesto concreto, mientras que la segunda, es realizada respecto de una mera idea jurídica. (Roxin, 1997: 140). Ambas analogías, lo que proponen a la ciencia jurídica, es brincar un tipo de solución a aquel

“vacío legal” o “laguna jurídica” existente a la normativa aplicable; principio aceptado en otras ramas del Derecho, pero completamente prohibido en el Derecho Penal.

En este sentido, el juez se encuentra frente a la obligación de actuar como la norma lo dispone, y a la prohibición de condenar el cometimiento de una conducta que no se encuentra tipificada en el cuerpo penal competente, por considerar que existe un caso análogo, u otra norma penal diferente; caso contrario, el juez actuaría en detrimento de la situación del individuo. (Roxin, 1997: 140)

- La prohibición de basarse en el Derecho Consuetudinario para agravar la pena.

La presente prohibición se ha determinado, en razón de que la únicamente fuente reconocida por el Derecho Penal, es la Ley. En este sentido, no se puede alegar la costumbre jurídica, como un elemento a considerar al momento de condenar una conducta prohibida por esta rama del Derecho; obligando al juez a imponer la pena que se encuentra establecida en el tipo penal.

- Irretroactividad de la ley

La irretroactividad de la ley, podría considerarse como uno de los principios comunes a todas ramas del Derecho, pudiendo existir sus propias salvedades.

Esta tercera prohibición determina que en ningún caso, puede imponerse una sanción penal, o puede ser juzgada una conducta que se ha efectuado antes de tipificar la misma, es decir, no se puede condenar a alguien, o agravar la pena cuando ya ha sido condenado, si posteriormente al cometimiento de dicha conducta, se tipifica o modifica la misma. Sin embargo, existe una excepción a esta regla, conocido como el principio *in dubio pro reo*; el cual determina que es obligación del juez aplicar toda circunstancia que fuese favorable al imputado, o aquel que ha delinquido, en caso de que se reforme de manera más benigna, o derogue un tipo penal. (Roxin, 1997: 140)

- Leyes penales o penas indeterminadas.

La última prohibición derivada de la “fórmula” precedente está destinada al legislador, puesto que las únicas conductas que pueden ser “penadas” o “castigadas”, son aquellas que estén establecidas en la ley, ya sea penal o no.

Conocemos que existen ciertas clasificaciones de las normas penales, entre los cuales se encuentra la llama “abierta”. Esta norma penal, tiene la característica de remitir a otros cuerpos diferentes, para que establezcan aquellos elementos que no han sido considerados por la misma. Sin embargo, este tipo de normas deber ser utilizado de la manera adecuada, caso contrario se podría incurrir en arbitrariedades por parte del juez. (Roxin, 1997: 141)

1.5. La función social de la pena y sus elementos

Ahora bien, determinados cuales son los elementos, condiciones, caracteres, principios limitadores y prohibiciones del Derecho Penal, aplicables a la presente problemática, es necesario abarcar, en breves rasgos, la función social de la pena, entendida esta también, como uno de los elementos sustanciales que sustentan en la actualidad el sistema penal.

Este subcapítulo, tiene como fin establecer aquella finalidad penal que debe ser considerada, al momento de tipificar un delito, a fin de no incurrir en una violación respecto de los principios fundamentales del Derecho Penal. Ésta afirmación, se debe a que la pena en sí, no responde a problemas teóricos, ya que el concepto de la misma es completamente limitado, y aplicado de igual manera. La diferencia de la pena radica en la función social a la que deba responder, es decir, está ligada a los principios que rijan a la sociedad dentro de la cual vaya ser aplicada.

La norma penal está compuesta por dos elementos; el precepto y la sanción; siendo este último de nuestro interés. La sanción penal o también llamada “pena”, ha tenido una evolución histórica remarcable; pasando de ser completamente abusiva con un fin completamente represivo, a tener una finalidad de “rehabilitadora”. No obstante, lo que no ha cambiado con el tiempo, es el concepto o definición general que de ella se tiene, conocida como “castigo” o consecuencia derivada de un comportamiento contrario al Ordenamiento Jurídico y reconocido como delito, ya que vulnera de manera grave cualquier bien jurídico protegido por el Derecho Penal (Mir Puig, 1982: 25).

Es en ésta parte de la actuación del Derecho Penal, donde podríamos recalcar la presencia del poder punitivo del Estado, y la importancia de sus principios limitadores. El legislador, al

momento de realizar su labor de crear tipos penales, debe tener en consideración todos aquellos principios básicos y rectores del cuerpo normativo supremo del Estado, a fin de crear leyes penales que vayan en armonía con las mismas. (Mir Puig, 1982: 27)

En la mayoría de ordenamientos jurídicos, la pena más común es la privación de la libertad de la persona, cuyo fin será determinado por el propio Estado; por ejemplo, para Ecuador, el artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal, le reconoce a la pena una finalidad de “rehabilitación” de la persona para una futura reinserción social, mientras que para otro país sea únicamente el control y aislamiento del infractor por considerarlo como un peligro para la sociedad. Se han reconocido también ciertas medidas sustitutivas a la privación de la libertad, que son taxativas en el ordenamiento jurídico y se acepta en ciertos delitos. El juez puede moverse y actuar dentro de un rango aceptado por la misma ley, cuya motivación y fundamento estará en la conducta que se está penando pero lo que es necesario tomar en cuenta de que esa decisión jamás debe ser discrecional ya que todo está determinado por la misma ley. La función del juez, está en determinar si efectivamente se configuró o no el delito y los elementos del mismo, más no de decidir de manera discrecional cual va a ser la sanción impuesta, ya que nos encontraríamos frente a una flagrante violación a los principios constitucionales y legales explicados con anterioridad.

Artículo 52.- Finalidad de la pena.- Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima.

En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

CAPÍTULO II.

CONCEPTOS Y PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN EL SISTEMA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA APLICABLE A LA PROBLEMÁTICA: PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

En el desarrollo del presente capítulo se expondrán y determinarán de manera concreta y precisa aquellos principios e instituciones del Derecho de Niñez y Adolescencia, relacionados con la privación de la libertad como consecuencia de incumplimientos de obligaciones alimentarias, a fin de conocer su naturaleza y la razón por la cual es considerada como la excepción a la tan conocida “prisión por deudas”.

Para lo cual, es necesario mencionar a la norma internacional que permite privar de la libertad del alimentante en caso de que incumpla con su obligación alimenticia, contemplada en el numeral 7 del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre los Derechos Humanos en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, y ratificada por Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

El reconocimiento internacional de dicha excepción, fue un avance trascendente para el Derecho de Niñez y Adolescencia, ya que además de evidenciar la importancia de que el niño, niña y adolescente cuente con los medios necesarios para su desarrollo integral y vida digna, crea una obligación para el Estado; adquiriendo así su rol de garante. Posteriormente, se fueron dando momentos importantes para el Derecho de Niñez y Adolescencia, con la

Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada por la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la aplicación de la Doctrina de Protección Integral, entre otros.

Antes de su reconocimiento como niño-sujeto de derechos, los niños, niñas y adolescentes eran considerados como objetos de protección, por el hecho de no poder valerse de sí mismos para vivir y por encontrarse frente a una relación de dependencia obligatoria con sus padres. Por este motivo, el Estado dejaba a discreción completa de los padres, la toma de decisiones de la vida familiar y social. No obstante, dicha situación tuvo un cambio importante y una evolución sustancial ante los ojos del Estado, ya que dejó de ser visto como una condición negativa, y paso a ser considerada como una situación de vulnerabilidad que debía ser protegida de manera obligatoria.

La Doctrina de Protección Integral surge como una respuesta positiva frente a los grandes tropiezos por parte del Estado a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en base a ciertos instrumentos internacionales con las que se unificaron criterios, como la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores (1985), y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (1990). Mediante su aplicación, se crea la obligación de que el Estado, la sociedad y la familia, garanticen el desarrollo integral de los niños, niña y adolescentes, y el pleno ejercicio de sus derechos, al marco de los derechos humanos de libertad, dignidad y equidad. Según el autor Farith Simon (2008) la Doctrina de Protección Integral desarrollo la situación de los niños, niñas y adolescentes en cuatro parámetros angulares: 1. El reconocimiento del niño- sujeto de derechos; 2. Reconocimiento de todos los derechos del niño, niña y adolescente; 3. Diferenciación de la situación de niños, niñas y adolescentes; y 4. Diferenciación entre protección jurídica y protección social. En este sentido, a la luz de la Doctrina de Protección Integral, la sociedad y la familia se encuentra en la obligación de garantizar y respetar los derechos del niño, niña y adolescente, y el Estado por su lado, se convierte en garante y promotor del cumplimiento de todos los derechos, mediante su intervención.

Si bien la Doctrina de Protección Integral parte de los principios rectores de los derechos humanos: igualdad, justicia social, y equidad, se diferencia o especializa mediante el reconocimiento de los principios de: igualdad y no discriminación, prioridad absoluta, corresponsabilidad, e interés superior del niño; los cuales deben siempre ser considerados antes de resolver sobre una situación que involucre a un niño, niña y adolescente.

1. Principio de igualdad y no discriminación

Este principio es fundamental para la doctrina de los Derechos Humanos, tanto es así que se ha sido reconocido internacionalmente desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, el cual determina que toda persona, sin excepción, tiene todos los derechos reconocidos en éste.

El Ecuador, al haber ratificado el instrumento internacional anteriormente indicado, recogió dicho principio en su Carta Magna, específicamente en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, que determina lo siguiente:

Art. 11.- (...)

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

El último inciso del artículo anteriormente mencionado, refleja el papel del Estado como aquel promotor o encargado de garantizar que exista igualdad real entre absolutamente todos, así se encuentren en una situación de desigualdad.

Por otro lado, un instrumento internacional que concreta dicho principio y lo especifica en el caso de los niños, niñas, es la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 2 crea un deber al Estado de respetar todos los derechos reconocidos en dicho tratado

internacional y la obligación se asegurar la aplicación a cada niño y niña, sin hacer distinción alguna.

Art. 2.- Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales

El Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador recoge el principio anteriormente indicado como uno de los principios fundamentales que rige el Derecho de Niñez y Adolescencia, llamándolo específicamente “Principio de Igualdad y No Discriminación”.

Art. 6.- Igualdad y no discriminación.

Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitor es, representantes o familiares.

2. Principio de Prioridad Absoluta

Al igual que el principio fundamental abarcado con anterioridad, éste principio se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente en su artículo 4, en el cual se crea de manera expresa, la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias con el fin de dar efectividad (goce y disfrute) a los derechos reconocidos por éste instrumento internacional

Art. 4.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Este enunciado anteriormente indicado, obliga a todos los Estados Partes a implementar todos los demás principios y derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño en su ordenamiento jurídico, y de cumplir con todas las obligaciones allí establecidas.

El Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano acoge al principio de prioridad absoluta en su artículo 12, estableciendo así una obligación al estado ecuatoriano de priorizar a los niños, niñas y adolescentes siempre que se fuere a adoptar cualquier política pública, teniendo especial prioridad con los niños y niñas menores a seis años.

Art. 12.-Prioridad absoluta.-En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran.

Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años.

En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.

3. Principio de corresponsabilidad o participación solidaria

El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el principio de corresponsabilidad, creando una obligación específica para el Estado, la sociedad y la familia respecto de las decisiones que involucren o afecten a los niños, niñas y adolescentes.

Art. 5.- Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores y otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos de la presente Convención.

Así como todos los principios fundamentales de los derechos humanos y del Derecho de Niñez y Adolescencia, el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano también acoge dicho principio, pero a diferencia del reconocido en la norma internacional, establece específicamente la obligación del Estado, de la sociedad y de la familia adoptar las medidas necesarias para la *“plena vigencia, ejercicio efectivo garantía, protección, exigibilidad, de la totalidad de los derechos de los niños, niña y adolescentes.”* (Código de la Niñez y Adolescencia)

Art. 8.-Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.-Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena

vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños; niñas y adolescentes.

El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna.

En este principio se reconoce el protagonismo del Estado, la sociedad y la familia, claramente cada uno en sus propios ámbitos, de precautelar, respetar, garantizar, y promover el ejercicio efectivo y plena vigencia de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes; el Estado, mediante la adopción de políticas públicas, la sociedad respetando los derechos de los niños niñas y adolescentes; y la familia, protegiendo a sus hijos, respetando y garantizando el cumplimiento de sus todos derechos.

4. Principio del interés superior del niño

Finalmente, el principio del interés superior del niño se encuentra reconocido en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, en artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador, y en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano; respecto del cual, vamos a prestar especial atención, ya que es el principio fundamental base de la privación de la libertad del alimentante, en caso de incumplimiento de obligaciones alimenticias, objeto de investigación de la presente disertación.

2.1. Principio del Interés Superior del Niño

2.1.1. Reconocimiento internacional del interés superior del niño

En el campo jurídico internacional, existió un importante y significativo desarrollo del Interés Superior del Niño durante el siglo XX, que derivó a la aprobación de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño en el año de 1989.

Según el jurista Farith Simon (2013: 4-5), se puede considerar como punto de partida del reconocimiento del “interés superior” a la legislación británica, misma que regulaba la situación de los padres solteros, otorgándoles derechos y estableciendo normas de protección para los hijos. No existe ningún antecedente clave en el área de Derecho de Familia, que se

pueda considerar como aquel inicio del reconocimiento del interés superior del niño, ya que tanto a nivel local como a nivel internacional se pueden encontrar elementos que evidencien el cambio de percepción de los niños, niñas y adolescentes. No obstante, vale la pena indicar que desde inicio del siglo XX los hacedores de justicia empiezan a tomar decisiones con vista al bienestar del niño, niña y adolescente, y por ende, de sus intereses sobre los de sus progenitores.

Como lo indica el autor Miguel Cillero, en su obra “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” (2010: 85), el progreso en el campo de Derechos Humanos, fue el punto de partida para el desarrollo de protecciones jurídicas de ciertos grupos específicos, gracias al reconocimiento del principio de igualdad, estudiado brevemente en la parte introductoria del presente capítulo, se crea el deber estatal de garantizar la protección igualitaria de sus derechos. Es importante destacar que, todas las normas creadas con el fin de proteger a los niños, niñas y adolescentes y resguardar su situación de vulnerabilidad frente al resto, tienen como objetivo complementar todos los medios generales destinados a la protección de derechos de todas las personas, más no de sustituirlas; ya que el interés superior del niño parte del reconocimiento de su condición como persona, razón por la que no puede ser entendido como un derecho autónomo a los derechos humanos, en virtud de que emana de éstos.

Surge la preocupación del Estado por resguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando la falta de normas que protejan y garanticen el correcto desarrollo de los mismos, empieza a ser un problema de carácter público. En razón de lo cual, el Estado empieza a asumir dicha responsabilidad, y por medio de sus órganos legislativos y judiciales aseguran una infancia digna para todos los niños, niñas y adolescentes. Por el otro lado, existió cierto momento en el cual el Estado se involucró de tal manera en la vida de los mismos, que sus representantes legales no tenían facultades sobre las decisiones que incidían en su vida, motivo por el cual se limitó la actuación del Estado, y se reconoció, tanto los derechos como las obligaciones de los representantes legales para con los niños a su cargo. (Cillero, 2010: 86)

Es este momento a partir del cual, el interés superior del niño empezó a ser concebido desde el punto de vista formal, cuya consecuencia directa fue el reconocimiento internacional, y la

modificación de cuerpos legales de todos los Estados Parte, con el fin de apegarse a lo determinado en dicho tratado.

A partir del siglo XX empieza la redacción y elaboración de cuerpo legales que procuraban garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siendo el momento más importante a partir del año 1955. Es necesario recordar que la elaboración de la mayoría de normas internacionales destinadas a la protección de los derechos humanos, fue posterior a la Segunda Guerra Mundial, uno de los hechos históricos que mayor violación a los derechos humanos registra. (Cabrera, 2010: 87) Finalmente, en el año 1959 se reconoció por primera vez el principio del interés superior del niño, en la Declaración de los Derechos Del Niño.

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (Declaración de los Derechos del Niño, 1959)

Así también, en el párrafo tercero del Séptimo Principio reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, mismo que establece lo siguiente: *“El interés superior debe ser el principio rector de quiénes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe en primer término a su padres”*, no deja menor duda del reconocimiento de este principio como uno de los rectores dentro de todas las áreas de desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, creando una obligación paralela a los progenitores a fin de que velen siempre por el bienestar de sus hijos. No obstante, el profesor Farith Simon (2013: 6) establece en su tesis doctoral, que en la referida norma internacional se limita al principio del interés superior se limita al campo de la educación y a crear normas que aseguren la protección especial necesaria para el desarrollo físico, mental, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

Aquel instrumento internacional que jamás debe ser pasado por alto cuando se habla de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es la Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989. Es importante destacar el hecho de que dicho instrumento internacional ha sido una de los tratados que más ratificaciones ha obtenido,

además de que posterior a su suscripción en América, varios países Latinoamericanos modificaron los cuerpos normativos que regulaban todo el concerniente a los niños, niñas ya adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el principio del interés superior del niño en el párrafo 1 del artículo 3, otorgándole al niño y el derecho para que su mejor interés sea priorizado en cualquier situación que lo involucre; entendiendo como niño, *“todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad antes.”*¹

Art.- 3.- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El autor anteriormente mencionado (Cillero; 2010), nos brinda una importante reflexión de lo abarcado por este tratado internacional respecto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el cual cito a continuación:

“La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia, o de menores, como es el caso del de “interés superior del menor.” (p. 87)

Este principio ha tomado tal importancia dentro del ámbito de Familia, que es considerado como un “rector-guía” o como una norma fundamental, ya que la misma debe tomarse en cuenta durante la creación de todo mandato legal que regule la situación del niño. En este sentido, si bien se ha determinado en varias ocasiones que el mencionado presupuesto no tiene límites, su limitación se encuentra en la correcta aplicación, ya que el mismo debe ser aplicado de manera que no viole otros derechos de igual jerarquía.

¹ Art. 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989)

Con el fin de consolidar lo mencionado con anterioridad, es necesario destacar que el objeto principal del principio del interés superior del niño es impedir el cometimiento de agresiones directas, demostrando nuevamente su vulnerabilidad frente a la sociedad, el cual deriva en el fin máximo de resguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y asegurar el correcto ejercicio y satisfacción de necesidades. Lo cual genera una gran carga para las instituciones públicas y privadas, principalmente las estatales, ya que siempre deben buscar en sus acciones la protección al niño, aplicados en cada caso en concreto. (Cabrera, 2010: 38)

Si bien la implementación de dicho principio en el presente tratado trajo consigo una serie de dificultades por considerarlo impreciso, y jerárquicamente superior que otros principios de igual importancia, se llegó a la conclusión que el interés superior del niño en efecto sí debía ser reconocido como jerárquicamente superior pero en armonía con los otros principios aplicables a los niños, niñas y adolescentes (Simon, 2013: 17)

Según el autor Juan Pablo Cabrera (2010: 16), el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño cuenta con algunos puntos trascendentes, dignos de mención; como la necesidad e importancia de legislar el interés superior del niño, niña y adolescente, la supremacía frente a otras normas, y el componente político- jurídico. Respecto del primer elemento, se evidencia claramente la trascendencia e importancia que tiene la implementación de este principio, para el efectivo ejercicio de sus derechos, mismo que al ser recogido en un instrumento internacional cuenta con una condición importante, el conocimiento universal. En este artículo, el autor, le da a este principio una calidad particular, que es su supremacía frente a conflictos entre normas, que no se limita únicamente a un caso en concreto, ya que el mismo debe ser aplicado en la vida diaria. Finalmente, otro punto sustancial de mencionar es la evidente obligación adquirida por los Estados Partes, ya que los mismos deben asegurar la protección y bienestar de los niños, niñas y adolescentes, así también como la implementación de políticas públicas que direccionen la correcta ejecución de dicha obligación.

Una de las particularidades más importantes de los derechos humanos es que su normativa jurídica siempre va dirigirse a todas las personas, sin discriminación alguna (principio de igualdad), sin embargo, existen ciertos grupos específicos para los que esta norma es insuficiente, y por ende, no se garantiza la protección de sus derechos. Como es obvio, se ha

detectado y solucionado este gran problema, analizando la situación en particular, y creando normativa específica que garantiza el cumplimiento de sus derechos sin crear una nueva situación de discriminación. Hoy en día, los derechos humanos son vistos como aquella barrera que impide cualquier accionar arbitrario, y también son la guía de cualquier sistema político, para llegar a la convivencia social.

En el caso de los derechos de los niños, niñas ya adolescentes, es esencial la participación del Estado, como aquel órgano garante del cumplimiento y respeto, mismos que, los cuales deben ser aplicados para todos sin consideración específica, cuya herramienta es la normativa recogida en este tratado internacional.

Continuando con la misma línea de pensamiento, el autor (Cillero, 2010: 96), realiza un breve análisis respecto del interés superior del niño, y determina la razón por la cual éste debe primar cuando exista un conflicto de derechos igualmente reconocidos. Se debe partir desde el hecho de que la Convención Internacional de Derechos de los Niños, cataloga al interés superior del niño como un principio; el cual abarca varios derechos. El tratadista basa su definición de “principio jurídico”, en lo determinado por el autor Dworking, en su obra “Los Derechos En Serio”, el cual establece que los principios, incluido el del interés superior del niño, buscan el reconocimiento de otros derechos, abarcados por éstos mismos, y procuran resolver los conflictos entre derechos que son reconocidos de la misma manera. En este sentido, la referida Convención le adjudica una calidad especial al interés superior del niño, ya que al ser un principio reconocido debe ser, obligatoriamente, respetado y aplicado por las autoridades públicas, cuenta con un carácter imperativo, pariendo del simple hecho de que principio, para ser considerado como tal, debe haber sido primero reconocido como derecho.

En virtud de lo cual, se aplica el interés superior del niño para garantizar “la plena satisfacción de sus derechos” (Cillero, 2010: 98), de manera obligatoria por parte de la autoridad, con el fin de evitar que se decida respecto de la vida del niño, niña y adolescente de manera discrecional.

Como se puede evidenciar, la Convención Internacional de los Derechos del Niño significó un gran progreso para la situación de éste, en el sentido de que dejó de ser visto como un “*objeto jurídico socialmente valioso*”, a ser un titular de derechos (sujeto de derechos), y mediante el interés superior del niño se garantizó el respecto y vigencia de sus derechos, limitando este

retrógrado esquema paternalista / autoritario, y brindando soluciones garantistas a conflictos entre derechos, con el fin de proteger la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Posteriormente, el Comité de los Derechos del Niño dedicó, en el año 2013, el periodo número 62° de sus sesiones al principio del interés superior del niño, reconocido en el artículo 3 párrafo 11 de la Convención de los Derechos del Niño; aprobando así la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 11); mismo que resulta realmente importante ya que establece los lineamientos específicos de aplicación e interpretación de dicho principio.

Cabe mencionar, que las 17 Observaciones Generales derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño, han sido creadas y aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño, con el objetivo de que dicha convención sea cumplida por todos los Estados Parte, así como para promover los derechos de la infancia y la adolescencia. (UNICEF, 2014).

El interés superior del niño y niña no puede ser entendido únicamente como un principio, ya que limitaría el fin del mismo, por lo que debe ser entendido en sus tres dimensiones; como un derecho sustantivo al ser considerado de manera primordial sobre otros principios, ante la toma de decisiones que los involucre; como un principio jurídico interpretativo, cuando exista una disposición jurídica que admita más de una interpretación, y por ende, deba interpretarse de manera que más garantice su plena satisfacción; y finalmente, como una norma de procedimiento, cuando se esté frente a la toma de una decisión que afecten de manera positiva o negativa a un niño en concreto. (Comité de los derechos del niño, 2013).

La Constitución de la República del Ecuador reconoce el principio del interés superior del niño en su artículo 44, reconociendo así también el principio de corresponsabilidad, y aplicando la Doctrina de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes.

Art. 44.-El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

2.1.2. Concepto jurídico indeterminado

Habiendo explicado el origen internacional del interés superior del niño, es necesario explicar el concepto y objetivo de dicho principio. Para lo cual, hemos de tomar el pronunciamiento de expertos en el área de niñez y adolescencia para poder llegar a una conclusión propia.

Pretender encontrar una definición exacta del principio interés superior del niño no es posible, en razón de que la flexibilidad de su concepto es trascendente para su aplicación en cada caso particular, sin llegar a violentarlo.

A este tipo de concepto se lo conoce como “concepto jurídico indeterminado” o “cláusula general”, que según el tratadista Villagrasa (2011: 37), significa que si bien el principio del interés superior del niño se encuentra positivizado en un cuerpo normativo, sus límites no están establecidos, otorgándole al juez o al legislador la competencia para que, por medio de su experiencia y criterios de valor, analice cada caso en específico y aplique dicho postulado. Si bien podemos determinar que, en sentido estricto este principio no cuenta con una mayor dificultad respecto de su concepto, la complejidad del mismo se evidencia al momento de su aplicación concreta. Dicho concepto jurídico indeterminado puede acarrear aspectos tanto positivos como negativos; positivos, en el caso de que el postulado pueda ser aplicado a cada caso en específico, tomando en cuenta los factores que inciden en la eficacia del mismo, como las circunstancias, los sujetos, y la evolución del derecho, y negativos es hecho que no se lo aplique de manera correcta como consecuencia de la interpretación personal.

Ahora bien, a fin de poder comprender cuando se dota de una “cláusula general” a un principio, vamos a tomar el estudio realizado por el jurista Farith Simon (2013), quien expone de manera precisa y concreta dicha técnica. La explicación del referido autor sigue lo

mencionado por Francisco Rivera Hernández, quien determina que la cláusula general “consiste en realizar un enunciado a modo de norma abstracta multicomprendiva, que respondería, en una definición sencilla, a *“valores de justicia y razonabilidad referidos a situaciones concretas”*, que se determinará la momento que se aplique la norma” (p. 84). Merece la pena mencionar, que un “concepto jurídico indeterminado” deriva de la existencia de una “cláusula general”, postulados que a breves rasgos pudieran ser considerados similares pero en realidad no lo son. La cláusula general, como se mencionó con anterioridad, es la determinación de un enunciado amplio que concreta al momento de aplicar a la norma, cuya consecuencia es que dicho principio cuente con “concepto jurídico indeterminado”. No obstante, cabe indicar que el estudio de dicha diferencia no va a ser realizado en la presente disertación, ya que no representa aporte alguno para la demostración de la hipótesis planteada inicialmente.

Continuando con la explicación anterior, Rivera Hernández (citado en Simon, 2013: 84) establece que la técnica de la *“cláusula general”* responde a *“la dificultad general y objetiva de determinación del valor que pretende captar la norma”*, y *“a la amplia variedad de personas implicadas y situaciones que puedan presentarse.”* Si bien se puede afirmar que contar con una *“cláusula general”* es ventajoso, existe una desventaja grave que deriva de su falta de concreción, ya que esa característica podría generar inseguridad jurídica al permitir que aquel llamado a aplicar la norma lo haga basándose en una interpretación personal, y por ende, tomar decisiones arbitrarias que podrían afectar la situación del niño. Sin embargo, en la actualidad el interés superior del niño sigue contando con un concepto jurídico indeterminado, mayormente por considerar totalmente beneficioso para la protección de los niños, niñas y adolescentes, que este principio sea flexible y así se tome en cuenta cada caso en particular para su correcta aplicación, pudiendo permitir la intromisión de otras ciencias que no son jurídicas, para que el análisis de cada caso sea más completo y poder favorecer de mejor manera al interés del niño. (Simon; 2013: 84-86)

Como puede resultar evidente, al momento de que el interés superior del niño tenga un *“concepto jurídico indeterminado”* los problemas se trasladan al momento de su aplicación, como se lo mencionó con anterioridad; obstáculo que es explicado por el jurista Villagrasa, cuya autoría pertenece al jurista García de Enterría. La errónea aplicación de las cláusulas

generales en casos concretos, se debe a que los jueces o legisladores confunden dos técnicas que son totalmente legales pero, así mismo, totalmente diferentes, y cuya consecuencia es la ineficacia del mandato legal. (Curso de Derecho Administrativo 1, 2011). Por lo cual, es necesario que aquel llamado a aplicar este tipo de postulados, sepa distinguir entre la indeterminación de un concepto jurídico, de la discrecionalidad de aplicar diferentes soluciones. (Villagrasa, 2011: 38). La existencia de una cláusula general en un cuerpo normativo, evidencia la voluntad del legislador de positivizar un mandato legal amplio, con el fin de que se tenga la posibilidad de tomar en cuenta las circunstancias, y sujetos inmersos en el caso, para poder ser aplicado. Por consiguiente, la indeterminación de un concepto legal radica en el enunciado, razón por la cual no tiene límites, pero siempre va a ser aplicado con el fin de llegar a la única solución justa; mientras que la existencia de una potestad discrecional existe, cuando en un cuerpo normativo contempla la posibilidad de que el juez tenga la facultad de elegir entre varias alternativas o soluciones justas para ser aplicadas en una situación en concreto. (Villagrasa, 2011: 39)

En este sentido, el principio del interés superior del niño puede ser interpretado, y por consiguiente, aplicado de manera errónea, siempre que el legislador o juzgador no sepan diferenciar la indeterminación de la discrecionalidad. En lo personal, este tipo de postulado si tiene limitaciones, que radican en su aplicación, ya que siempre que una situación en específico se resuelva en base al interés superior del niño se debe llegar a la única solución justa; en este caso aquella en la que se respeten sus derechos y se satisfagan sus necesidades.

2.1.2.1. Criterios de aplicación o determinación del interés superior del niño

El Comité de los Derechos del Niño, aprobó en su 62° periodo de sesiones, la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art.3 párrafo 1), la cual en su capítulo IV, contempla la forma de aplicación de dicho principio en un caso en concreto, y especifica todos los pasos que deben seguir cuando se evalúe y determine el interés superior del niño para tomar una decisión, que cito a continuación:

“a) En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás;

b) En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.”

Cuando se evalúa el interés superior del niño dentro de un caso en concreto, debe *valorarse* por parte de la persona o personas responsables, todos los componentes sustanciales que incidan en la toma de decisión que involucre la intervención de un niño en concreto, o un grupo de niños en concretos. Cuando nos referimos a la “valoración de todos los componentes sustanciales que incidan en la toma de decisiones”, se hace alusión a aquellas circunstancias específicas que deben ser tomadas en consideración para adoptar una resolución frente a un caso en concreto, como por ejemplo: la edad, el sexo, experiencia, grado de madurez, pertenencia a un grupo minoritario, entre otros, a fin de evitar incurrir en un error y adoptar una decisión que no sea en base a su interés superior. Por el otro lado, “la determinación del interés superior del niño” hace referencia a un proceso específico, encargado de velar por las garantías jurídicas, a fin de determinar el “interés superior” tomando como punto de referencia su evaluación. (Observación General N° 14, 2013)

Con el objetivo de orientar a los Estados Parte para la toma de decisiones frente a una situación que involucre a un niño en concreto, a un grupo de niños en concreto, o a todos en general, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 14, elaboró una lista de elementos sustanciales que forman parte de la evaluación del interés superior del niño, mismos que pueden ser ampliados por cada Estado Parte en caso de que consideren necesarios, y así garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos del niño y niña, y su desarrollo holístico; los cuales abarcaremos a continuación:

1. La opinión del niño

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que todos los niños y niñas tienen derecho a expresar su opinión dentro de la toma de decisiones que lo involucren, sin importar su edad ni su situación de vulnerabilidad específica (niños con discapacidad,

migrantes, entre otros), ya que de este modo se garantiza su participación en la determinación de su interés superior.

En caso de tener una situación vulnerable específica o ser niños muy pequeños en edad, el Estado o el responsable a cargo de la toma de decisiones, debe implementar las medidas necesarias para garantizar dicho derecho bajo el principio de igualdad.

2. La identidad del niño

Para la toma de cualquier decisión, se debe tomar en cuenta la identidad del niño, es decir, sexo, orientación sexual, origen nacional, religión, personalidad, identidad cultural y creencias, a fin de preservar su identidad y respetar la misma dentro de la evaluación del interés superior del niño.

3. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones

La familia es la unidad fundamental de la sociedad, y el medio idóneo para el crecimiento de todos sus miembros, reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que siempre debe evitarse la separación del niño con sus padres, a fin de preservar la unidad familia.

No obstante, existen situaciones en las cuales la separación del niño con sus padres debe efectuarse en el interés superior del niño, lo cual deberá aplicarse como último recurso y en casos específicos, posterior a una evaluación exhaustiva por parte de profesionales capacitados. En esta situación, el Estado debe garantizar un acogimiento alternativo del niño separado de sus padres, que cuente con las condiciones necesarias de respeto a sus derechos y al interés superior.

4. Cuidado, protección y seguridad del niño

Antes de efectuar la evaluación y determinación del interés superior de los niños, se debe tener en consideración la protección, cuidado y seguridad del niño, por parte del Estado; entendiéndose al “cuidado y protección” en su sentido más amplio, con el objetivo de garantizar su bienestar y desarrollo integral, y de “seguridad” a fin de evitar cualquier forma de perjuicio

o abuso físico o mental, acoso sexual, la intimidación, entre otros, que afecte su integridad física o mental.

5. Situación de vulnerabilidad

La situación de vulnerabilidad del niño o niña debe ser un elemento sustancial al momento de toma de decisiones, ya que no solo se debe precautelar que se garanticen todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, sino todas las normas de derechos humanos relacionados con las situaciones específicas, sean ésta tener una discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado, entre otros.

6. El derecho del niño a la salud

Siempre que se va a evaluar el interés superior del niño, debe garantizar el derecho del niño a la salud, y en caso de estar frente a una enfermedad cuyo resultado sea incierto, se debe efectuar una valoración de los tratamientos posibles y sus posibles riesgos o efectos secundarios; siempre tomado en cuenta la opinión del niño en función de su edad y madurez.

7. El derecho del niño a la educación

Se debe garantizar el acceso a una educación gratuita de calidad, desde la primera infancia, incluida la educación no académica o extraacadémica, y demás. En este sentido, todas las medidas adoptadas respecto de un niño en concreto o todos los niños deben respetar su interés superior con base a su educación.

Una vez tomadas en consideración todas las condiciones del niño anteriormente indicadas, se debe garantizar la observaciones efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, por lo que la Observación General N° 14 aprobada por el Comité de los Derechos del Niño, determina ciertas salvaguardias procesales o garantías que estén adoptadas en función de sus necesidades. El Estado es el encargado de establecer procesos con garantías procesales estrictas para evaluar y determinar el interés superior del niño, específicamente dirigidos para las autoridades públicas y organizaciones ya que los

padres, tutores o maestros no se encuentran la necesidad de basarse en un procedimiento específico para la adopción diaria de decisiones; mismas que se especifican a continuación:

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión

Como se mencionó con anterioridad, es necesaria la opinión del niño antes de la adopción de cualquier decisión, a fin de que se participe en la determinación de su interés superior. Por lo cual, se deberá informar y comunicar a los niños sobre todo el proceso, posibles servicios y soluciones a fin de que estén plenamente informados y puedan dar su opinión.

En caso de que se esté frente a un grupo de niños en específico, el Estado deberá encontrar una forma de conocer la opinión de una muestra representativa de dicho grupo.

2. La determinación de los hechos

La información referente a un caso determinado debe obtenerse mediante profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.

3. La percepción del tiempo

Se debe dar especial prioridad a aquellos procedimientos relacionados con los niños, y adoptar una decisión en el menor tiempo posible, a fin de que pueda beneficiarse de la misma, ya que la niñez se desarrolla en un lapso corto de tiempo.

4. Los profesionales cualificados

El proceso de evaluación oficial debe efectuarse en un ambiente agradable y seguro para profesionales capacitados, ya sea en psicología infantil, desarrollo del niño, entre otros, a fin de que quienes examinen la información recibida lo hagan de manera objetiva.

5. La representación letrada

Siempre que se someta al niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, deberá disponer de representación letrada, y un representante de su opinión, en caso de que exista un conflicto entre las partes que estén adoptando la decisión.

6. La argumentación jurídica

Toda decisión adoptada en base al mejor interés del niño, debe estar debidamente motivada, justificada y explicada, mediante el señalamiento de todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos importantes para la evaluación de su interés superior, el contenido de dichos elementos, y la manera en que se ha ponderado para determinar su interés superior.

7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones

Los Estados se encuentran en la obligación de establecer mecanismos en base a sus ordenamientos jurídicos cuando se vayan a adoptar decisiones relacionadas con los niños, y que al parecer no se ajusta al procedimiento de evaluación y determinación del interés superior del niño.

8. La evaluación del impacto en los derechos del niño

Efectuar una evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever repercusiones importantes en cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños, o sus derechos.

Otros criterios mediante los cuales se puede aplicar al interés superior del niño, son las llamadas “dimensiones” del Derecho Civil, mismas que conforman las siguientes manifestaciones normativas: criterio de prioridad; criterio garantista; elemento informador; como principio de integración; y como elemento de interpretación. Para lo cual, vamos a tomar lo establecido por el autor Farith Simon (2013), en su tesis doctoral “Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva”, para explicar de manera breve cada criterio.

1. Criterio de prioridad

Esta primera manifestación normativa mediante la cual se puede aplicar el interés superior del niño, se divide en dos caracteres: interno y externo. El carácter interno, menciona el profesor Simon (2013: 179- 181) se utiliza para resolver conflicto entre derechos de los niños, cuya herramienta de solución es la técnica de ponderación. Un ejemplo que propone el referido

autor para comprender mejor dicha aplicación, es en los casos de maltrato intrafamiliar, entre el cual el juez debe decidir entre el derecho de integridad personal o el derecho de convivencia familiar; decisión que deberá siempre el bienestar del niño. Por el otro lado, el carácter externo se presenta cuando se da la prioridad al interés superior del niño frente a cualquier otro interés, mismo que se ha aplicado en su mayoría en los casos de custodia y visitas, ya que el juez siempre considera el interés superior del niño sobre el derecho de sus progenitores.

2. Criterio garantista

Por medio de la aplicación del interés superior del niño como criterio garantista se busca satisfacer de todos los derechos del niño, y asegurar la vigencia de los mismo; obligación que se le adjudica a las autoridades, quienes deben tomar todas sus decisiones con dirección a garantizar el bienestar del niño, niña y adolescente. (Simon, 2013: 181-183)

3. Criterio informador

Como criterio informador, al interés superior del niño se lo considera en aquellos casos en los cuales sea necesario interpretar normas y resolver ciertos conflictos. Lo que se pretende al considerar al interés superior del niño al momento de interpretar la norma, es mantener una armonía normativa entre aquellas aplicables al ámbito de familia; mientras que, en el caso de resolución de conflictos, este principio se lo aplica frente a las instituciones que afectan aquellas personas que se busca proteger, como en los casos de tutela, patria potestad, entre otros. (Simon, 2013: 183-184)

4. Elemento de integración

El interés superior del niño debe ser aplicado como un elemento de integración en aquellos casos en los cuales no existe norma aplicable, es decir, existen vacíos o lagunas jurídicas en el cuerpo normativo. En este caso, este principio socorre a aquel encargado de resolver el conflicto frente al cual no hay precepto legal aplicable, actuando como un elemento de integración de toda la norma. El autor en cuestión (Simon, 2013) menciona un fallo de la Corte Constitucional del Ecuador (Sentencia del Pleno No. 021-11-SEP-CC del 1 de septiembre del 2011) en la cual reconoce al principio que estamos estudiando, como "una

provisión paraguas en el sentido que provee de protección o sirve de referencia en situaciones o condiciones no especificadas" (p. 184 – 186)

5. Elemento de interpretación

Se aplica el interés superior de niño como elemento de interpretación frente a situaciones en las cuales una disposición jurídica admita más de una interpretación. En estos casos, este principio delimita el marco interpretativo, evidenciando el auténtico sentido de las normas aplicables al caso, y así, ayudando al hacedor de justicia a tomar la decisión que más convenga al niño, y que más se apegue a los elementos del interés superior del niño. (Simon, 2013: 186 – 187)

La legislación ecuatoriana ha consagrado al interés superior del niño como elemento de interpretación, en el último inciso del artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (Las negrillas me pertenecen)

Por otro lado, respecto de los pronunciamientos judiciales realizados por parte de los órganos de justicia ecuatoriana, merece la pena mencionar una de las conclusiones llegadas por la Corte Constitucional del Ecuador, dentro de la Sentencia N° 048-13-SCN-CC, Caso N° 0179-12-CN- y acumulados, en la cual se estableció lo siguiente:

“Hecha la lectura del principio en su contexto constitucional y convencional, una conclusión general importante es que el interés superior de niños, niñas y adolescentes es una condición necesaria para determinar la constitucionalidad de una decisión que afecte sus derechos, sea ésta adoptada por un familiar, autoridad, o cualquier persona. Vistas así las cosas, la obligación que nace del principio se mide tanto en los medios, como en los resultados. Dicho de otro modo, si determinado acto 41 destinado a afectar los derechos de niños, niñas o adolescentes, no ha considerado las implicaciones del principio en el proceso de su formulación, éste adolecerá de un grave vicio de constitucionalidad; aunque dicha afección busque o resulte en un pretendido beneficio ulterior. En el caso de autoridades que ejercen el poder público, lo enunciado se ve reforzado, pues el principio no solamente debe servir como base para el proceso de formulación del acto, sino que además deberá necesariamente verificarse como justificación posterior expresa, so pena de incurrirse en una inadecuada motivación de la decisión.

Ahora, procede definir en qué se traduce la determinación de la obligación nacida del principio de interés superior del niño. Decidir en razón del principio de interés superior del niño, implica dar un peso específico e importante en el proceso de toma de decisiones a la condición de niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, cuya personalidad se halla en desarrollo. Implica también el orientar la decisión a lograr el mayor estatus de protección de sus derechos en el corto, mediano y largo plazo, tomada en cuenta la situación en la que se encuentran. Por último, requiere de quien adopte la decisión el considerar en conjunto los derechos y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes, sin hacer por ello, que los primeros estén condicionados al cumplimiento de las segundas, sino que más bien, éstas sirvan para construir una personalidad equilibrada y una ciudadanía responsable.”

Es evidente la importancia que tiene dicho pronunciamiento de la Corte Constitucional del Ecuador, ya que reconoce al interés superior del niño como aquel parámetro base que debe ser considerado siempre, en los casos cuya decisión afecte a un derecho de los niños, niñas y adolescentes; es decir, para verificar si una medida de cualquier índole, cuando pueda ser perjudicial para los niños, niñas y adolescentes, se debe examinar integralmente si contraría el principio del interés superior, verificación que debe ser efectuada tanto en el procedimiento de formación como en el resultado. Por ejemplo, si es que la Tabla de Pensiones Mínima habría sido elaborada sin tomar en cuenta un aspecto indispensable de la condición de los niños, niñas y adolescentes, no se estarían precautelando sus derechos y por ende la misma sería

inconstitucional (trámite de formulación de la medida). Situación similar se daría, en el caso de que al aplicar la Tabla de Pensiones Mínimas en un caso en concreto, se afectaría el derecho del niño aunque la realización de la Tabla en sí, habría sido efectuada con vista al principio del interés superior del niño. En este sentido, se llega a concluir por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, que el principio del interés superior del niño es considerado como un parámetro de constitucionalidad que debe ser aplicado siempre, desde la formulación de una medida de cualquier tipo, sea ésta familiar, judicial o pública, hasta la verificación del resultado.

En este sentido, una vez estudiado de manera breve el principio del interés superior del niño, mismo que es base de la obligación alimentaria, es necesario determinar la importancia del mismo dentro del desarrollo de la presente disertación.

Como se mencionó durante la parte introductoria del presente capítulo, el interés superior del niño, junto con el principio de corresponsabilidad, obliga al Estado a adoptar todos los mecanismos necesarios con el objetivo de garantizar el cumplimiento de su interés superior, y de proteger los derechos del niño, niña y adolescente, de poder desarrollarse de manera integral, de tener una vida digna, y de contar con los medios necesarios para poder cumplir con sus necesidades básicas, ya que por su situación de vulnerabilidad no pueden hacerlo.

Por lo cual, el Estado Ecuatoriano con vista su rol de garante, ha previsto “la medida de apremio personal” como consecuencia del incumplimiento de pensiones alimenticias; en concordancia con el literal c) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador; mismo que contempla la posibilidad de privar de la libertad del alimentante, en caso de que incumpla con su obligación alimenticia.

No obstante, antes de empezar con el análisis de dicha medida de apremio personal, dedicaremos el siguiente subcapítulo al estudio de la obligación alimenticia.

2.2. Derecho de alimentos y la obligación alimenticia

2.2.1. Derecho de alimentos

Para poder comprender correctamente al derecho a alimentos, es necesario precisar ciertas características que han sido concebidas por el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano.

En primer lugar, debemos tomar en consideración que éste derecho es concebido como uno de los derechos personalísimos del hombre, el cual busca que los niños, niñas y adolescentes puedan satisfacer sus necesidades fisiológicas primarias y secundarias, es decir, alimentos diarios, habitación, educación, salud, vestimenta, y recreación. Por lo cual, aquellos llamados para conceder a los niños, niñas y los medios básicos para la satisfacción de dichas necesidades, son sus progenitores principalmente.

Como se puede observar, el derecho alimentario comprende dos aspectos trascendentes; el primer es, el correcto desarrollo de la vida de los niños, niñas y adolescentes, y el segundo, pretende garantizar la satisfacción de todos sus derechos. Así entendido, varios tratadistas han establecido que esta obligación puede ser vista como una relación meramente patrimonial, mientras que por otro lado, se ha determinado que esta obligación se deriva del derecho de alimentos, y no debe verse como una obligación pecuniaria, si no como un derecho personalísimo, como se lo mencionó al inicio del presente capítulo.

Acerca de la primera posición que acabamos de mencionar, se la reconoce como una prestación económica del alimentante para con el alimentario, es decir, es la obligación derivada de la procreación que tiene que cumplir el padre, madre, o aquel responsable del niño, niñas y adolescentes para satisfacer todas sus necesidades. Por otra parte, el segundo criterio establece que dicha obligación nace por el hecho de que el ser humano necesita de alimentación y cuidado hasta cierta edad, para su supervivencia, por lo que se impone este deber al responsable del niño, niña y adolescente con el fin de precautelar el desarrollo integral del mismo, siendo éste procedente del derecho a la vida. (Recalde, 2012: 18)

No obstante, varios autores, tratadistas, y hacedores de justicia, han concluido que ambos criterios por separado son insuficiente en el momento de su aplicación, y se ha creado otro

criterio, de cierta forma “mixto”, el cual recoge la idea principal de ambos postulados. Un claro ejemplo de lo determinado, es el concepto establecido en el Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas (1993), respecto de la prestación de alimentos.

Prestación: (...) DE ALIMENTOS. Obligación impuesta por la ley a ciertos parientes de una o varias personas, a las cuales han de proporcionar lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, además de lo preciso para la asistencia médica y farmacéutica, de acuerdo con las condiciones de quien la recibe y los medios de quien la debe. (p. 254).

Como podemos ver, en el propio enunciado de la prestación, aspecto meramente retributivo, se reconoce la fuente de dicha obligación, la cual es garantizar el pleno ejercicio y disfrute de los derechos del niño, niña y adolescente; una noción mixta, de la cual se desprende claramente un derecho/ deber, que recae en diferentes miembros integrantes de la relación parento-filial.

2.2.1.1.. Naturaleza jurídica del derecho de alimentos

Ahora que se ha definido de manera general al derecho a alimentos, es imperante mencionar los elementos sustanciales que lo caracteriza para una correcta comprensión integral de lo que éste concepto abarca. Para lo cual, vamos a remitirnos a los artículos innumerales 2 y 3 la Ley Reformatoria del Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, publicada en el R.O. N° 643 de 28 de julio de 2009; misma que contempla al derecho de alimentos, y a sus características.

Art. 2.- Del derecho de alimentos.- El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye:

1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;
2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;
3. Educación;
4. Cuidado;
5. Vestuario adecuado;
6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;

7. Transporte;
8. Cultura, recreación y deportes; y,
9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

Art. 3.-Características del derecho.-Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado, salvo las pensiones de alimentos que han sido fijadas con anterioridad y no hayan sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos.

Respecto de la primera característica del derecho de alimentos, el cual busca respetar la perspectiva del orden público familiar, el referido autor (Simon, 2009: 545), lo define como aquella limitación de la autonomía privada en las relaciones jurídicas que involucra el campo familiar; disposiciones que son de imperativo cumplimiento. En este sentido, el derecho de alimentos y todas las relaciones jurídicas que derivan de éste, deben estar reguladas por disposiciones legales, mismas que deben ser cumplidas por los involucrados, dejando de lado la voluntad personal. Por otro lado, la razón por la cual el derecho de alimentos no puede ser transferido surge en razón de que al momento de transferir perdería completamente su función, que es garantizar la supervivencia del niño, niña o adolescente. Así también, teniendo en consideración que el referido derecho es un derecho personalísimo, no se puede transferir a otra persona por la muerte del titular, ya que nace la obligación por la relación parento-filial que tienen dos personas en específico, extinguiéndose la misma con la muerte de uno de los intervinientes. Respecto de la irrenunciabilidad del derecho de alimentos, como indicamos con anterioridad su ejercicio no puede depender de la voluntad de uno de los intervinientes en la relación jurídica, siendo éste de obligatorio cumplimiento así el propio alimentante no quisiera recibir el pago de la pensión alimenticia, ya que su objetivo principal es de protección de los beneficiarios. El derecho de alimentos persiste mientras existan las condiciones que lo generaron, por lo que no puede prescribir el derecho mientras que subsistan dichas condiciones, que en el caso ecuatoriano sería que el niño, niña o adolescente tenga menos de 18 años de edad, o menos de 21 años de edad en caso de que se encuentre cursando los estudios superiores. (Simon, 2009: 546 -548)

Dichos elementos fueron recogidos por el máximo órgano de justicia del Ecuador, Corte Nacional de Justicia para conceptualizar al derecho de alimentos, en uno de sus fallos jurisprudenciales, como lo evidencio seguidamente:

“Sin embargo de lo cual cabe mencionar que la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, se ha pronunciado (Resolución No. 252-2012, Juicio Sumario Especial No. 104-2012 Delgado vs. Monar) en el sentido de que: 1. Se denomina derecho de alimentos, al derecho que reconoce la Ley a la persona en estado de necesidad de reclamar a sus parientes de grado más próximo, aquellos auxilios necesarios para su sustento, indispensables para vivir con dignidad. La prestación de alimentos en consecuencia es la satisfacción por una persona en favor de otra, los medios necesarios para la subsistencia de ésta, “es uno de los medios por los cuales se hace efectivo una de los aspectos del derecho a la personalidad llamado derecho a la vida” (Vardanovic, Antonio. Derecho de Alimentos Edit. Jurídica Ediar-Conosur. Santiago de Chile. 1987. p. 1). Este derecho es personalísimo, porque está ligado a las relaciones de parentesco de las que surgen una serie de obligaciones correlativas entre los parientes que están llamados a proporcionar esta ayuda y asistencia económica, denominada pensión de alimentos. El fundamento lo encontramos en la protección a un derecho constitucional esencial que tiene toda persona, como es el derecho a una vida digna (Art. 66 numeral 2.), en el caso la obligación de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el desarrollo integral, con la satisfacción entre otras necesidades acordes a su edad las de: salud, alimentación y nutrición, vivienda, educación, recreación, y vestido, pues su protección no se agota con las prohibiciones penales por atentados contra la vida o la integridad física, ni con la proscripción de la pena de muerte, lo que se trata de precautelar es una vida íntegra, plena física y moralmente, en aras de la protección social, económica y jurídica de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando las condiciones que favorezcan la consecución de sus fines.” (Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia Niñez y Adolescencia (16 de noviembre del 2012), Resolución N° 346-2012 [JP. Dra. Rocío Salgado Carpio])

2.2.1.2. Los titulares y obligados

Una vez entendido al derecho de alimentos, es necesario mencionar a los titulares del mismo. Para lo cual, hemos de remitirnos al artículo innumerado cuarto de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el R.O. N° 643 de 28 de julio de 2009; mismo que establece quienes son los llamados a reclamar el derecho de alimentos.

1. Las niñas, niños y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de éste derecho de conformidad con la presente norma;

2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes; y,

3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse.

Es importante destacar que al referirnos como los “titulares” del derecho de alimentos, se está ratificando un hecho innegable, el cual es que los niños y adolescentes son sujetos de derechos, llamados a exigir el respeto y la garantía de los mismos. En este sentido, atribuirle dicha titularidad significa, reconocer y evidenciar que los niños, niñas, y adolescentes tienen el derecho de recibir alimentos, sin embargo, al no tener capacidad legal para hacerlo, necesitan de su representante legal, sea ésta el padre, madre, o tutor, a fin de garantizar los medios necesarios para tener un correcto desarrollo.

El artículo 31 del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el R.O. N° 506, de 22 de mayo de 2015, define lo que se entiende como la “capacidad procesal” de una persona, o su capacidad legal, determinando que *“toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley.”* (Código Orgánico General de Proceso). Una de las excepciones a las que hace referencia el artículo previamente mencionado, son los niños, niñas y adolescentes, mismos que deben comparecer por medio de su representante legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 ibídem.

Art. 32.- Representación de menores de edad e incapaces. Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal.

Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia.(...)

En virtud de lo cual, no se puede confundir el concepto “titular de un derecho” con “la capacidad legal de una persona”; términos totalmente diferentes, en virtud de que el titular del derecho es aquel que está facultado para exigir el cumplimiento del mismo, mientras que la

capacidad legal de la persona, posibilita o habilita el ejercicio directo de las acciones legales o judiciales.

2.2.2. Obligación de alimentos

La prestación de alimentos es reconocida como una de las obligaciones derivadas de la relación parento-filial; específicamente del derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, regulada por el Derecho de Niñez y Adolescencia. Dicha obligación tiene como objetivo garantizar que el niño, niña o adolescente cuente con los medios necesarios para satisfacer sus necesidades personales, por medio del pago de dicha pensión. Es imperante entender que la obligación alimenticia, si bien tiene un contenido patrimonial (el pago), el fin que esta persigue es meramente extra-patrimonial, es decir, que el niño, niña o adolescente cuente con los medios necesarios para su correcto desarrollo. (Simon, 2009: 544)

El artículo innumerado 5 de la Ley Reformatoria del Código de la Niñez y Adolescencia, reconoce como titulares principales de la obligación alimentaria a los padres, aún en caso de privación de patria potestad, y en caso de ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, deberán cumplir con dicha obligación los obligados subsidiarios, que cito a continuación:

Art. 5.-Obligados a la prestación de alimentos.-Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad.

En caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada o completada por uno o más de los siguientes obligados subsidiarios, en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados, en su orden:

1. Los abuelos/as;
2. Los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y no estén comprendidos en los casos de los numerales dos y tres del artículo anterior; y,
3. Los tíos/as.

La autoridad competente, en base al orden previsto en los numerales precedentes, en los grados de parentesco señalados, de modo simultáneo y con base en sus recursos, regulará la proporción en la que dichos parientes proveerán la pensión alimenticia, hasta completar el monto total de la pensión fijada o asumirla en su totalidad, según el caso.

Los parientes que hubieren realizado el pago podrán ejercer la acción de repetición de lo pagado contra el padre y/o la madre.

Los jueces aplicarán de oficio los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador a fin de garantizar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, hijas e hijos de padres o madres que hubieren migrado al exterior, y dispondrán todas las medidas necesarias para asegurar el cobro efectivo de la pensión.

La autoridad central actuará con diligencia para asegurar el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y, responderá en caso de negligencia.

En este caso, se evidencia la necesidad de que obligación alimenticia siempre sea cumplida, ya sea por el titular de la obligación o de sus obligados subsidiarios, a fin de que el niño siempre cuente con los medios necesarios para su correcto desarrollo, y vida digna, es decir, con el fin de precautelar el derecho de alimentos. No obstante, al considerar que la misma es insuficiente para poder garantizar el cumplimiento de dicha obligación, se ha previsto imponer una consecuencia a su incumplimiento, la cual se encuentra contemplada en el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos; objeto de la presente investigación.

El referido mandato legal contempla el apremio personal por treinta días del obligado alimentante, en caso de que no pague los valores correspondientes a los alimentos de su hijo / hija u hijos, por más de dos meses consecutivos; pudiendo ser privado de su libertad hasta por un máximo de 180 días en caso de reincidencia. (Código Orgánico General de Procesos, 2015). En la presente medida, se puede evidenciar la intención del Estado de garantizar el cumplimiento de las pensiones alimenticias, y de precautelar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, ya que prima su interés superior sobre el derecho de libertad de movilidad del alimentante moroso.

Cabe mencionar, que el legislador ecuatoriano implementó dicha medida con base a lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos², y lo previsto en el literal c) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador³; mismas que indican que no se podrá privar de la libertad de una persona por

² “Art. 5 (...) 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.” (Convención Americana de los Derechos Humanos.”

³ “Art.- 66 (...) 29. c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.”

deudas, exceptuando los incumplimientos alimenticios. En este sentido, el legislador ecuatoriano se encuentra completamente habilitado para sancionar los incumplimientos alimenticios, por medio de la privación de la libertad del alimentante moroso, siempre y cuando observe el resto de principios constitucionales; hecho que no ocurrió con la implementación de la “medida de apremio personal”.

En otras palabras, tomando como punto de referencia la norma internacional y constitucional previamente mencionadas, el legislador ecuatoriano al encontrarse frente a una situación que evidentemente involucra al niño, niña y adolescente de manera directa, como es el incumplimiento del pago de pensiones alimenticias a su favor, adoptó la decisión de privar de la libertad del alimentante, por medio del apremio personal, basándose en el principio del interés superior del niño, bajo el criterio garantista, es decir, satisfacer el derecho de alimentos de los niños, niñas ya adolescentes y asegurar su vigencia; considerando a dicho principio, como derecho sustantivo, como principio de interpretación jurídica y principalmente, como norma de procedimiento⁴; haciendo prevalecer así el interés superior del niño, sobre la libertad de movilidad del padre o madre alimentante. Sin embargo, no se percató que la medida de apremio personal, tal como está consagrada actualmente en el Código Orgánico General de Procesos, se contrapone al principio constitucional de mínima intervención penal, el cual consagra que una persona será privada de la libertad únicamente por hechos que lesionen gravemente un bien jurídico protegido, es decir, que haya cometido una infracción penal; análisis que va a ser efectuado en los siguientes dos capítulos.

⁴ Sentencia N° 048-13-SCN-CC, Caso N° 0179-12-CN- y acumulados

CAPÍTULO III

EL APREMIO PERSONAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS.

LEGISLACIÓN COMPARADA.

3.1. Legislación vigente: medida de apremio personal en materia de alimentos.

Antes de referirnos acerca de la normativa vigente en la materia de niñez y adolescencia, específicamente acerca de la medida de apremio personal, es necesario abarcar la justificación del legislador ecuatoriano para implementar una sanción inminentemente penal frente a un incumplimiento alimenticio.

El 12 de agosto del año 1977 el Ecuador ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Interamericana de Derechos Humanos llevada a cabo el 22 de noviembre del año 1969. A partir de este momento, el Ecuador había adquirido la obligación de proteger y garantizar todos los derechos en éste consagrados, en razón de que dicho tratado internacional, estableció como deber de todos los Estados Parte respeten los derechos y libertades reconocidos por dicha Convención, garantizando el efectivo de los mismos; así como la modificación de la normativa vigente, en caso de que se contraponga a ellos o no los consagre.

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión,

opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

En este sentido, es de más evidente que la ratificación de dicho instrumento internacional, sea el principal fundamento para que el legislador haya recogido dicho principio, tanto en literal c) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, como en el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos; ya que se encontraba en la obligación de implementar todos los principios y garantías en éste consagrado. No obstante, se ha cometido un error al momento del desarrollo de dicho postulado, ya que el legislador ha aplicado la sanción prevista en dichas normas jurídicas (privación de la libertad del alimentante moroso), sin observar el resto de principios constitucionales (principio de mínima intervención penal), constituyendo así una forma de ejercicio del poder punitivo latente; cuyo análisis se realizará más adelante.

3.1.1 Evolución Histórica de la medida de apremio personal por incumplimiento de pensiones alimenticias en el Ecuador.

Como se ha mencionado con anterioridad, el derecho de niñez y adolescencia en el Ecuador no fue siempre concebido como un derecho autónomo e independiente como lo es ahora, su proceso evolutivo vino de la mano con la respectiva evolución en el ámbito civil, y con la ratificación de tratados internacionales. Dicho reconocimiento por parte del Estado se debió a la necesidad e importancia social de regular la relación parento-filial y de proteger al niño, niña y adolescente por su situación de vulnerabilidad.

Inicialmente, el Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el R.O. N° 737, el 03 de enero de 2003, contemplaba el apremio personal por incumplimiento de obligaciones

alimenticias, con un tiempo de privación de la libertad de diez días, hasta llegar a un máximo de treinta días en caso de incurrir nuevamente en dicha falta; medida que podía ser levantada únicamente en caso de que se pague la totalidad de lo adeudado.

Art. 141.- Apremio personal.- En caso de no pago de dos o más pensiones de alimentos, el Juez ordenará, previa razón sentada por el actuario en base a la información constante en la tarjeta del pago respectiva, el apremio personal del obligado hasta por diez días. En los casos de reiteración este plazo se extenderá hasta por treinta días. En la misma resolución que ordene el arresto, el Juez podrá ordenar el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor, siempre y cuando proceda declaración juramentada sobre el ocultamiento del obligado por parte de quien solicita dicha medida.

Pagada la totalidad de las pensiones adeudadas y los gastos causados por el apremio o el allanamiento, en su caso el Juez dispondrá la libertad inmediata del obligado.

Lo dispuesto en los incisos anteriores también tendrá lugar cuando el obligado haya dejado de solucionar dos o más obligaciones cuyo pago directo asumió con prestación de alimentos y cuando por culpa de aquel el beneficiario haya dejado de percibir dos o más rentas, frutos u otra modalidad de pago en las que consista la prestación de alimentos fijados por el juez.

Si el monto adeudado corresponde a más de un año de pensiones de alimentos, la libertad procederá con el pago íntegro de lo adeudado más los gastos de diligencia del apremio y el allanamiento, en su caso. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 141)

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, publicada en el R.O. No. 643, de 28 de julio de 2009; como su nombre lo indica, reformó el apremio personal respecto del tiempo de duración de la sanción.

A continuación, se citará el mandato legal respectivo:

Art. ... (22).- Apremio personal.- (Agregado por el Art. Único de la Ley s/n, R.O. 643-S, 28-VII-2009).- En caso de que el padre o madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, el Juez/a a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago, y dispondrá el apremio personal hasta por 30 días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por 60 días más y hasta por un máximo de 180 días.

En la misma resolución en la que se ordene la privación de libertad, el Juez/a ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor, siempre y cuando preceda la declaración juramentada sobre el ocultamiento del obligado/s, por parte de quien solicita dicha medida.

Previo a disponer la libertad del alimentante moroso, el Juez/a que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo o cheque certificado.

Pagada la totalidad de la obligación, el Juez/a dispondrá la libertad inmediata.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el Juez/a podrá ejecutar el pago en contra de los demás obligados.

Similar procedimiento se cumplirá cuando el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios.” (Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, 2009)

Finalmente, la expedición del Código Orgánico General de Procesos, incluyó varias reformas y derogatorias a ciertos cuerpos normativos, incluido el CNA y su respectiva Ley Reformatoria. En menos de 15 años de publicación del CNA, este sufrió dos reformas sustanciales, que involucran el tema que nos atañe en la presente disertación, la vía de apremio personal.

Art. 137.- Apremio personal en materia de alimentos. En caso de que el padre o la madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, la o el juzgador a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago dispondrá el apremio personal hasta por treinta días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días.

En la misma resolución en la que se ordene la privación de libertad, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre la o el deudor.

Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo o cheque certificado.

Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata.

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá ejecutar el pago en contra de las o los demás obligados.

Similar procedimiento se cumplirá cuando la o el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios.

No cabe apremio personal en contra de las o los obligados subsidiarios.

Art. 138.- Cesación de los apremios. La prohibición de salida del país y el apremio personal a los que se refieren los artículos anteriores podrán cesar si la o el obligado rinde garantía real o personal estimada suficiente por la o el juzgador. En el caso de garantía

personal, el garante o fiador estará sujeto a las mismas responsabilidades y podrá ser sometido a los mismos apremios que la o el deudor principal.

Los demás apremios e inhabilidades sólo cesarán con la totalidad del pago adeudado y sus respectivos intereses, en efectivo o mediante cheque certificado. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Como se puede evidenciar, este último cuerpo normativo dejar de lado la aplicación de la sanción a los obligados subsidiarios, y estipula específicamente que el apremio personal podrá cesar, siempre y cuando considere el juzgado que garantía real o personal sea suficiente, caso contrario el alimentante incumplido tendrá que permanecer privado de la libertad por el tiempo establecido en dicho artículo.

Desde el año 2015, se inició un debate por parte del Presidente de la República del Ecuador, respecto de la medida de apremio personal por incumplimiento de pensiones alimenticias. Inicialmente, se propuso por parte del Ejecutivo, la implementación de ciertas alternativas para las personas privadas de la libertad por incumplimientos alimenticios, pudiendo someterse a la utilización de un brazalete electrónico en el día, como sistema de vigilancia, y en la noche al arresto, o por otro lado, solicitar por parte del alimentante deudor que el Estado pague el valor adeudado, y retribuirlo por medio de trabajo. Cabe mencionar, que en ese momento no se previó por parte del Ejecutivo efectuar reforma legal al Código de la Niñez y Adolescencia, o al Código Orgánico General de Procesos, que incluya las propuestas previamente mencionadas; teniendo en consideración, que la reforma legal es el procedimiento adecuado para efectuar cualquier inclusión, cambio, o modificación a una norma.

Finalmente, después de casi dos años de iniciado el debate respecto de la medida de apremio personal, se anunció por parte del Presidente de la República del Ecuador en el mes de abril del año 2017, que se remitirá un proyecto de ley a la Asamblea Nacional del Ecuador, en el cual contemple reformas legales a la medida de apremio personal por incumplimiento de pensiones alimenticias, que hasta el momento no se ha efectuado.

3.2. Incumplimiento alimenticio; la excepción a la prohibición de la “prisión por deudas.”

El desarrollo del presente capítulo se enfocará en la demostración de la hipótesis previamente planteada, mediante el análisis de casos y fallos jurisprudenciales relativos al tema de nuestro interés: la privación de la libertad como medida sancionatoria al incumplimiento de obligaciones alimenticias.

En primer lugar, es necesario justificar el motivo por el cual dedicamos los dos primeros capítulos de la presente disertación al poder punitivo latente, al fin de la pena, y a la obligación alimenticia vista desde la legislación ecuatoriana. Como hemos mencionado con anterioridad, en el Ecuador no existe prisión por deudas, garantía que está reconocida en el literal c) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, exceptuando el caso de incumplimiento frente a las pensiones alimenticias.

Art.- 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

(...)

29. Los derechos de libertad también incluyen:

a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.

b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad.

c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley. (Las negrillas me corresponden)

Como se lo mencionó en el anterior capítulo, la medida de apremio personal por incumplimiento de obligaciones alimenticias ha sido consagrada por la legislación ecuatoriana hace varias décadas antes de la creación de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, en la cual se contempla el interés superior del niño como uno de los principios constitucionales, así también como, al principio de la mínima intervención penal. La aplicación de este último principio, puede verse en varias normas constitucionales en nuestra

legislación, como por ejemplo, la prohibición de la prisión por deudas u otro tipo de obligación similar, es una forma de ejercer y reconocer la mínima intervención penal.

Una vez entendido lo que comprende, tanto el principio de mínima intervención penal, como el interés superior del niño, es necesario que nos refiramos a la motivación por la cual se impuso una “pena” como sanción a la falta de pago de pensiones alimenticias. Nos referimos a la vía de apremio personal como pena, ya que la privación de la libertad en un Estado de mínima intervención, únicamente opera cuando el hecho cometido ha violentado un bien jurídico protegido, y no se puede privar de uno de los derechos más importantes de una persona, sin que ésta consecuencia sea considerada como una pena. Como se mencionó con anterioridad, la legislación ecuatoriana desde la Constitución de 1946, ha contemplado a la privación de la libertad como consecuencia del incumplimiento alimenticio; única excepción a la prohibición de privación de la libertad derivado de obligaciones de carácter económico. Dicho precepto legal fue recogido por la legislación ecuatoriana, con el fin de garantizar la satisfacción de las necesidades básicas del niño, niña o adolescente, para su correcto desarrollo durante su niñez y adolescencia.

Por el simple hecho de que la referida sanción es regulada por el Código Orgánico General de Procesos, no es vista ni considerada como una sanción pena, claro está; sin embargo, es curioso como un cuerpo normativo que no es penal regula una situación que es enteramente de su competencia, pero contempla una consecuencia evidentemente penal; como es la privación de la libertad de una persona.

Para poder comprender de mejor manera la afirmación anteriormente determinada, es imperante establecer la perspectiva existente en el mundo jurídico respecto de la privación de la libertad; por lo cual, nos referiremos brevemente a su naturaleza, y al alcance de su concepto. La libertad, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es la: *“Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.”*; concepto tan amplio como importante para el hombre en sociedad, razón por la cual ha sido considerado como un derecho, y recogido en varios tratados internacionales con el fin de garantizar, respetar y tutelar el mismo: como la Declaración

Universal de Derechos Humanos, en su artículo tercero, y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo primero, entre otros.

Uno de los instrumentos internacionales que mejor consagra a este derecho, especificando el mismo y estableciendo mecanismos de protección, es la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 7, el cual determina lo siguiente:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Es evidente que la libertad personal, vista como un derecho fundamental debe ser garantizada, protegida y respetada por el Estado y todas sus instituciones. Es por esto que se enumera de manera clara y precisa lo que este derecho tan amplio abarca; convirtiéndose en uno de los derechos personalísimos del hombre.

El numeral primero de artículo 7 de la referida Convención, estipula algo muy importante que no debe ser pasado por alto; la libertad y la seguridad son dos derechos distintos, que van de la

mano y están íntimamente relacionados. Harold Burbano, en su artículo “La privación de libertad en instituciones no penitenciarias: una mirada desde las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos”, explica que para que la libertad de una persona sea garantizada y respetada, es necesario que se implementen herramientas que la protejan de limitaciones o restricciones arbitrarias o ilegales, que es la seguridad personal, y concluye indicando que:

(...) el derecho a la libertad personal consagra, en principio, tanto la prohibición de limitar arbitraria o ilegalmente la libertad física o ambulatoria de una persona como también, la obligación de los Estados de cuidar y asegurar la plena vigencia de sus derechos humanos cuando esta libertad ha sido restringida, sin desvincular de su núcleo esencial, las garantías para las personas privadas de este derecho, (...) (párr. 2)

En este sentido, podríamos decir que la libertad personal queda resumida en la libertad de movimiento de la persona; mientras que la seguridad personal, radica en las condiciones mediante las cuales la ley protege dicha libertad, garantizando su respeto y cumplimiento, y evitando cualquier tipo de arbitrariedad.

En manera de conclusión, se podría determinar qué, el derecho de libertad personal es inherente al hombre, ya que no la adquiere por una situación en específico, sino que nace con ésta, es decir es inherente a la dignidad humana. No obstante, existen ciertas circunstancias en las que una persona puede perder o le puedan privar de su derecho de libertad personal, o libertad ambulatoria, específicamente cuando se hayan cometido delitos tipificados por el cuerpo normativo competente, siempre y cuando haya existido el juicio respectivo y se haya dictado dicha sanción en una sentencia de juez competente, o en circunstancias que requieran que la persona se encuentra aislada, como los centros de rehabilitación, hospitales psiquiátricos entre otros. (S/F; párr. 5-34)

3.3. Privación de la libertad vista únicamente como una sanción penal

Como recordaremos, en el primer capítulo de la presente disertación abarcamos el principio de legalidad de la pena y el fin social de la misma. Para proceder al desarrollo del presente subcapítulo es necesario retomar dichos temas a breves rasgos, con el fin de evidenciar nuestro concepto de la privación de la libertad.

Partimos especificando el concepto de la pena, qué de manera general, se puede entender como aquel “castigo” o consecuencia derivada del cometimiento de un delito o un acto tipificado por un cuerpo normativo de carácter penal. Así también, para el autor Alessandro Baratta (2004: 300), la pena es considerada como violencia institucional, que involucra con la esfera de la libertad personal y física de las personas; limitando sus derechos, y restringiendo las necesidades básicas del mismo, por medio de las acciones legales de los agentes ejecutivos.

Es necesario recalcar, que no nos referimos ampliamente al significado de la pena, ya que para lo cual necesario determinar la naturaleza de la misma que, como lo menciona el tratadista Enrique Bacigalupo, en su obra “Derecho Penal: Parte General”), existen varias opiniones respecto de la misma; formuladas como teorías. No obstante, dichas teorías no responden al a pregunta principal de cuál es el significado de la pena, si no a su legitimación. (Bacigalupo, 1999: 27)

Estas teorías, también llamadas axiomas legitimantes, buscan determinar las condiciones bajo las que la imposición de una pena pueda ser considerada como legítima, y a su vez establecer la función o fin social de la pena como tal. Hasta el día de hoy no se ha podido dar la solución a la problemática principal, y afirmar con firmeza que una teoría de la pena ha sido totalmente exitosa respecto de su finalidad.

No obstante, es evidente que la mayoría de cuerpos normativos penales, incluido el ecuatoriano, se han influenciado por las teorías relativas y de prevención para la determinación de la sanción penal de la norma; como lo afirma el autor Daniel Pérez (2007), en su artículo “Las teorías de la Pena (Pena de Muerte y Privación de la Libertad)” (pág. 141). Por lo cual, hoy en día no puede concebirse otra sanción que no sea la penal, en caso de que una persona cometa un acto delictivo, o violente un bien jurídico protegido; en razón de que hasta el momento, no se ha propuesto otra medida más eficaz que la pena.

En virtud de lo cual, podríamos indicar que una de las misiones del Derecho Penal es resguardar o proteger aquellos principales derechos y garantías reconocidas constitucionalmente, llamados “bienes jurídicos protegidos”; y de actuar, mediante la imposición de sanciones penales, cuando han existido violaciones a las mismas por el cometimiento de un acto delictivo.

Una de las principales sanciones penales, existente desde hace varios siglos atrás, es la tan conocida privación de la libertad. Como quedó anotado, la libertad es uno de los derechos fundamentales del ser humano, que al igual que todos, debe ser garantizada, respetada y protegida mediante la creación de leyes, con el fin de que no exista una limitación arbitraria a su ejercicio. Esto no significa que la persona tiene completa libertad en el sentido más amplio de la palabra, ya que como conocemos, se realizó un acuerdo ciudadano- Estado, llamado “Contrato Social”, mediante el cual se acordó renunciar parte de nuestras libertades, a cambio de adquirir derechos y deberes, los cuales deberían ser respetados y protegidos por parte del Estado. Por lo cual, es correcto indicar que existen limitaciones mínimas a la libertad de una persona, las cuales deben estar establecidas en el Ordenamiento Jurídico de un país, y cualquier extra limitación a la misma, significaría una violación al mencionado marco legal.

En este sentido, dentro de los límites anteriormente mencionados una persona está totalmente habilitada para realizar cualquier cosa, siempre y cuando la misma no contravenga una norma legal, o violente un derecho de un tercero; y cuando eso sucede, debe existir una consecuencia, la cual debe constar en el mismo cuerpo normativo que regula dicha situación. Cuando hablamos de delitos o violaciones al cuerpo normativo penal, las consecuencias o sanciones penales son, y deberían ser, diferentes a establecidas en otras ramas del derecho; en razón de que, evidentemente, dichas transgresiones generan un daño mucho más grave, ya que violentan derechos que son considerados “bienes jurídicos protegidos” por el mismo derecho penal. De esta forma se reafirma lo anteriormente mencionado, el derecho penal está encargado de regular y de proteger únicamente aquellos derechos o “bienes jurídicos” que por su importancia, son considerados como tal; recordando que el mismo es de *última ratio*, es decir, que se recurre al mismo cuando el resto de ramas del derecho no pueden proteger como es debido.

La privación de la libertad, es una de las sanciones penales más antiguas, y que hasta la actualidad sigue teniendo vigencia. Es menester recalcar que existen varias sanciones penales que no son privativas de la libertad, contemplada en los cuerpos normativos penales; mismos que son consecuencia de contravenciones o infracciones que por la gravedad del hecho ilícito, son considerados como delitos menores. No obstante, cuando existen delitos mayores, la pena o sanción impuesta casi siempre es la privación de la libertad; entendida como aquella pena

máxima que procura disuadir a la persona a no cometer dicho delito. Es criterio del autor antes citado, (que dicha sanción penal responde a simple ecuación, en la que la persona que ha delinquido pierde uno de sus bienes jurídicos más importantes, como respuesta a la lesión producida al violentar un bien jurídico protegido de un tercero, es decir una “*relación de afectación entre bienes jurídicos*”. (Pérez, 2007:114)

Recordando lo dicho en líneas anteriores, existe un criterio claro respecto de la libertad personal, y por ende, de la privación de la libertad en tratados internacionales; mismos que han sido recogidos por los Ordenamientos Jurídicos de cada Estado Parte. No obstante, es necesario referirnos nuevamente a dichas disposiciones legales, con el fin de establecer las situaciones ante las cuales es plausible privar de la libertad a una persona.

César San Martín Castro, en su artículo “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos” (2004: p. 616-617), realiza un interesante análisis respecto del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos; mismo que se refiere a la libertad personal, y es considerado como norma matriz de protección al referido derecho fundamental. Primero, dicho mandato legal determina que las personas pueden ser privadas de la libertad solo por las causas establecidas en los Ordenamientos Jurídicos de cada Estado, caso contrario, no podrá ser limitado dicho derecho ya que sería considerado como detención o encarcelamiento de carácter arbitrario y por ende ilegal. (Numerales 1, 2 y 3). Así también, es necesario recalcar que dicho cuerpo normativo incluye el la garantía del debido proceso y seguridad jurídica dentro de dicho artículo, ya que establece que toda persona privada de la libertad debe conocer el motivo por el cual se encuentra detenida, y los cargos formulados, inmediatamente que la misma se ha privado de la libertad; así como, el derecho de ser juzgada ante un juez competente dentro de un plazo razonable, y de ser liberada en caso de que no se haya solicitado la medida cautelar de prisión preventiva. (Numerales 4, 5, y 6). En este sentido, dicha persona puede ser detenida aunque aún no se haya dictado sentencia, con el fin de garantizar su presencia durante todo el proceso penal, siempre y cuando la misma sea solicitada al juez o autoridad competente, y observe los requisitos establecidos por la norma legal. Como por ejemplo, el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, determina que el fiscal puede solicitar al juzgador la prisión preventiva del procesado, siempre y cuando se considere necesario, y con el fin único de

garantizar la comparecencia de imputado, y el cumplimiento de la pena. No obstante, con el fin de que limitar un poco esta medida cautelar, en el mismo mandato legal se establecen los salvedades bajo las cuales se debe solicitar la prisión preventiva, y el juez debe constatar que cumple con los requisitos, antes de dictar la prisión preventiva del acusado.

Art. 534.- Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad. (Código Orgánico General de Procesos)

Finalmente, el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos en su último numeral contempla una disposición prohibitiva, la cual determina que nadie podrá ser detenido o aprisionado por motivo de deudas, reconociendo como única excepción los incumplimientos alimenticios; mismos que debe ser dispuesta por juez competente.

Como manera de conclusión, se podría decir que, la privación de la libertad es vista meramente como una sanción penal, es decir, la consecuencia del cometimiento de cierto tipo de delitos; en razón de que la privación de uno de los derechos fundamentales del ser humano, se justifica solamente cuando dicha persona ha cometido un hecho tan grave que sea considerado como delito penal.

3.4. Legislación comparada: Perú y España

Al igual que en el Ecuador, otros países parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, recogen en su legislación a la privación de la libertad como consecuencia de un incumplimiento alimenticio; sin embargo, en dichas legislaciones se la contempla como un

delito penal. Como un ejemplo claro podemos mencionar a nuestro país vecino Perú, que ha tipificado el incumplimiento alimenticio en el Código Penal Peruano, específicamente en el artículo 149 del Código Penal peruano, que cito continuadamente:

Artículo 149.- Omisión de prestación de alimentos

El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

En el referido mandato legal, existen tres hechos diferentes los cuales son condenados: en el caso de que incumpla el alimentante con la resolución judicial, si es que ha existido una simulación de otra obligación de alimentos, renuncia o abandona maliciosamente el trabajo, o en el caso de que el abandono del niño, niña o adolescente, haya resultado en lesiones o en muerte del mismo. Como resulta evidente, para poder denunciar el cometimiento de dicho injusto penal, es necesario que exista una resolución judicial previa, que le obligue al alimentante al pago de una pensión alimenticia. En este sentido, la persona afectada debe dar inicio un proceso de alimentos en la vía civil, y dentro de ese proceso deben agotarse todas las etapas para poder reclamar en la vía penal; es decir, que se haya dispuesto por medio de sentencia al pago de la pensión alimenticia, que no haya existido conciliación entre las partes.

La abogada Martha Adelceinda Ruiz Pérez, Jueza del Juzgado Especializado de Chinchaperú, analiza el referido injusto penal en su artículo “El delito de omisión a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula” (S/F; pág.2), y recoge varios criterios de autores que se han referido en pro o en contra del mismo. Principalmente, se reconoce que existe un problema generalizado, que es la falta de pago de las pensiones alimenticias, hecho que debe ser sancionado ya que vulnera uno de los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, que es el de tener acceso a vestimenta, alimento, salud, y educación; mismos que son necesarios para tener una vida digna. Por lo cual, de cierto modo se puede justificar que se haya impuesto dicha sanción para garantizar el

pago de las pensiones alimenticias; mismo que, como se ha dicho con anterioridad, ha sido recogido hasta por instrumentos internacionales; cabe recalcar que, no vamos a referirnos y analizar si es que dicha medida satisface las necesidades y garantiza el derecho del niño, niña y adolescente de recibir mensualmente una pensión alimenticia; ya que el problema de la presente disertación se enfoca en que en la inadecuada regulación de dicha medida, y también en la proporcionalidad de la misma frente al hecho que se castiga.

En consecuencia, se puede determinar que la legislación peruana al igual que en nuestro país, existe la privación de la libertad por el incumplimiento de pago de pensiones alimenticias. Sin embargo, la diferencia radica en que la legislación peruana obliga a que se demanda la pensión de alimentos en la vía civil, y que se dicte sentencia por un juez competente, antes de poder denunciar el delito de omisión de asistencia familiar; ya que en dicho tipo penal se castiga por haber incumplido las pensiones alimenticias, y también por haber incumplido una resolución judicial.

Si bien se muestra como un progreso al delito de omisión de asistencia familiar, en comparación a la medida de apremio personal contemplado en nuestra legislación, existen varias falencias al momento de la aplicación de la norma en los casos en concreto. La autora en mención, determina que en la mayoría de las personas que inician una demanda por alimentos, pertenecen a los estratos económicos más necesitados. Siguiendo esa lógica, si es que es requisito haber incumplido una resolución judicial dictada dentro de un juicio de alimentos para poder dar denuncia el cometimiento del delito en cuestión, la mayoría de denunciados son aquellos que cuentan con bajos recursos económicos. (S/F, pág. 2) En este sentido, teniendo en consideración que la norma tiene por objetivo castigar a aquellas personas que no han cumplido con el pago de las pensiones alimenticias, y en su mayoría son de escasos recursos, se puede llegar a la conclusión de que dicha norma penal castiga el hecho de no querer pagar las pensiones alimenticias, así también como el hecho de no poder pagar las mismas.

Otro país que ha tipificado el incumplimiento de pensiones alimenticias es España, específicamente en el artículo 277.1. de la Sección III del Código Penal español.

Artículo 227.- El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.(...)

El autor Antonio López Contreras (2014), en su artículo “El delito de impago de pensiones alimenticias. Breve guía jurídica.”, establece que el objetivo de este tipo penal es evitar el incumplimiento constante por parte del alimentante, con el fin de garantizar satisfacer las necesidades básicas del niño, niña y adolescente. Es necesario indicar que dicho injusto penal, está considerado como uno de los delitos de abandono familiar, cuyo bien jurídico protegido es el derecho subjetivo de brindar asistencia familiar, es decir, la familia.

De la lectura realizada al injusto penal, se puede determinar que, para poder denunciar el cometimiento de dicho tipo penal, es necesario que la obligación haya sido reconocida judicialmente, que exista resolución o el convenio judicialmente aprobado, y que haya existido un incumplimiento por parte del alimentante. No obstante, el autor referido, trae a colación un pronunciamiento importante del Tribunal Supremo (STS), respecto de uno de los “*requisitos previos*” que deban suscitarse antes de poder denunciar el delito de impago de pensiones alimenticias; el cual es, que exista voluntad por parte del deudor, es decir, que exista “*omisión dolosa del pago*”. (Contreras, 2014)

El delito de abandono familiar español, y el delito de omisión de asistencia familiar peruano contienen elementos muy similares, ya que en ambos se requiere que previo a la denuncia, se haya reconocido la obligación alimenticia judicialmente, y haya existido un incumplimiento alimenticio por parte del alimentante. No obstante, la diferencia sustancial entre ambos delitos no está en la norma penal, si no en la aplicación del mismo.

Como podemos recordar, una de las críticas del delito de omisión de asistencia familiar contemplado en la legislación penal peruana, es que gran porcentaje de los imputados son personas de escasos recursos, que incumplen con el pago de dichas pensiones por falta de capacidad económica. El referido hecho ha sido contemplado por el Derecho Español que, con el fin de evitar que se condene a una persona por falta de recursos económicos, ha determinado mediante jurisprudencia otro “requisito previo”, a parte de los determinados en la

norma; el cual es la voluntad del denunciante de incumplir con dicha obligación. Como recordaremos, en dicho injusto penal no se establece en forma textual que para que se configure el delito de abandono familiar, es necesario que el sujeto activo no pague la pensión alimenticia de manera voluntaria teniendo los medios necesario para hacerlo; el cual, mediante un fallo jurisprudencial se lo ha consagrado como un requisito. Es menester traer a colación en breves rasgos que es la jurisprudencia, concepto que ha sido analizado por parte del autor Esteban Polo Pazmiño, en su artículo “La Selección y Revisión del a Corte Constitucional; Los Procedentes Jurisprudenciales como fuente del Derecho” (2011), el cual determina que la jurisprudencia no debe ser considerada únicamente como el conjunto de sentencias y fallos emitidos por un tribunal o corte, sino como:

(...) la fuente del derecho constituida a partido de fallos y sentencias, en las cuales el juez, ejerciendo su potestad jurisdiccional, emite su criterio sobre un caso controvertido, aplicado las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Dicho pronunciamiento materializa las normas de derecho y sus efectos inter pares. (p. 84)

En este sentido, es evidente que al momento de la aplicación de dicha norma, se determinó que la misma no cumplía con su objetivo, y es por esto que, mediante jurisprudencia se contempló otro elemento, aparte de los ya establecidos, con el fin de asegurar el cumplimiento del fin para la cual fue creada.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS EMPÍRICO

(JURISPRUDENCIA APLICABLE AL TEMA)

4.1. Análisis de fallos jurisprudenciales

En el tercer capítulo de la presente disertación, abarcamos el concepto del apremio personal por incumplimiento de pensiones alimenticias, contemplado por la legislación ecuatoriana; misma que será necesario retomar para continuar con el análisis jurisprudencia.

Recordando lo estipulado por el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos; aquel alimentante que no pague la pensión alimenticia fijada por juez competente durante dos meses consecutivos, podrá ir preso hasta por un máximo de 180 días. En la situación de que el padre alimentante no haya pagado por más de dos meses consecutivos la pensión alimenticia, el Juez parte podrá dictar boleta de apremio personal para el obligado incumplido, disponiendo la detención por 30 días y la prohibición de salida del país; figura legal que puede ser aplicada respecto del mismo sujeto las veces que incumpla dicha obligación. Es decir, un padre o una madre de cuatro hijos menores de edad, podrá ser detenido hasta 180 días, el número de veces que no pague por dos meses consecutivos dicha obligación, hasta que el último de sus hijos tenga 18 años de edad, o 21 años en caso de que se compruebe que se encuentre cursando estudios superiores.

Si bien este mandato legal establece un máximo de tiempo de detención, no determina un máximo de veces que una persona puede ser detenida; en razón de que cada mes se genera una nueva obligación para el alimentante respecto del alimentado. Por lo cual, retomando el ejemplo anteriormente mencionado, el alimentante se encuentra obligado por

aproximadamente 25 años, en los cuales puede ir preso hasta tres veces por año si es que no paga las pensiones alimenticias, cumpliendo la misma pena que aquella persona que ha cometido un delito, y se le ha sancionado con la pena máxima; la única diferencia entre ambos privados de la libertad, es que uno de ellos ha delinquido, mientras que otro incumplió con una obligación de carácter pecuniario.

4.1.1. Fallos de primera instancia

Con el fin de ilustrar lo expuesto en la parte argumentativa del presente trabajo, se examinará posteriormente el criterio judicial, respecto de las pensiones alimenticias dentro de tres casos; para lo cual, se ha procedido a la revisión de casos tramitados en los años 2015 y 2016 dentro de la Unidad Especializada Cuarta de Familia, Niñez y Adolescencia, específicamente por el Juez Roger Cusme, dentro de la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia con Sede en la Parroquia Carcelén del D.M.Q. de Pichincha, por la Jueza Ángela Marina Ramos Arteaga, y dentro de Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Santa Elena, por la Jueza Bélgica Jaunova Vizueta Tomalá, el Juez Blasco Daniel Álvarez Gómez, el Juez Víctor Hugo Echverría Bravo, y la Juez Kelly Mikaella Flores Vera. Es necesario tener en consideración que el juicio de alimentos cuenta con una peculiaridad, ya que desde el momento en el que se reconoce la existencia de la obligación, dicho juicio continúa vigente hasta la extinción de la misma, y todo lo que suceda posterior a la fijación de la pensión de alimentos, será considerado como incidente dentro del mismo juicio. Por ejemplo, de los 1 137 actos procesales tramitados dentro de la Unidad Especializada Cuarta de Familia, Niñez y Adolescencia, únicamente en 24 de éstos se dispuso el apremio personal del alimentante deudor. Por esta razón, solo se analizará un universo de 70 casos en los que se dictaron boletas de apremio personal en contra de los obligados: 24 del Juez Roger Cusme, 15 de la Jueza Ángela Marina Ramos Arteaga y 30 de los Jueces: Bélgica Jaunova Vizueta Tomalá, Blasco Daniel Álvarez Gómez, Víctor Hugo Echverría Bravo, y Kelly Mikaella Flores Vera.

Como parte del análisis, con el objetivo de comprobar la hipótesis inicial se efectuaron una serie de preguntas a los 70 casos previamente mencionados, de las cuales se obtuvieron conclusiones importantes.

Para poder determinar si es que existía un denominador común en los 70 padres morosos, se hizo una investigación respecto del salario o sueldo mensual que recibía, o si es que recibían un sueldo mensual. Dicho deducción se pudo efectuar puesto que en la sentencia dentro de la cual se reconoce la obligación del alimentante, se fija la cantidad que debe pagar mensualmente; la misma que responde a factores meramente económico, es decir, al salario del alimentante. Una vez demostrado la cantidad que percibe mensualmente, y teniendo en consideración la edad del niño, se fija la cantidad que se debe pagar mensualmente, mediante una tabla de pensiones alimenticias creada para ese efecto. Sin embargo, en caso de que el alimentante demuestre que no cuenta con ingresos mensuales propios, dicha obligación sigue existiendo y se fija el valor mínimo, el cual es de \$ 96,28. Una vez realizada dicha pregunta, los resultados obtenidos concluyeron que en el 85% de los casos analizados, fijado una pensión de alimentos menores los \$120 mensuales, es decir, que los ingresos percibidos por parte de los morosos fluctuaban entre los \$350 y \$400 al mes, o no percibían salario alguno.

Dicho resultado, reflejó una primera conclusión digna de recalcar. Teniendo un universo determinado de 70 personas sobre las que se ha dictado apremio personal, la mayoría de éstas pertenecen a un estrato social bajo, hecho del cual se concluye que la norma legal estaría dirigida para aquellas personas que no cuentan con un salario mayor al básico, o simplemente no cuentan con ningún salario. En este sentido, estaríamos incurriendo en una violación a la propia norma constitucional y a los derechos humanos, ya que se castigaría el simple hecho de no tener dinero, o no tener la capacidad económica para poder entregar una suma de dinero destinada a la manutención del niño, más no el incumplimiento irresponsable del moroso, que es el fin de la norma.

Otra pregunta realizada a los casos previamente indicados, que arrojó resultados favorables para la comprobación de la hipótesis inicialmente planteada, fue efectuada respecto de los casos en los cuales había existido reincidencia por parte de los morosos. Del total de los 70 casos, 30 de éstos reincidieron en el incumplimiento de la obligación, por segunda ocasión. Si

bien no llega a ser ni el 50% de los casos dentro de los cuales se dicta apremio personal sobre los morosos, basta con que solo un padre alimentante haya reincidido en el cometimiento de este hecho, para poder evidenciar la violación existente al principio de legalidad de la pena y del delito. Como se ha mencionado con anterioridad, la privación de la libertad de una persona únicamente puede ser consagrada como una sanción de carácter penal, sin importar cuantos días se haya dispuesto la misma. La norma legal que regula el apremio personal por alimentos, claramente está incurriendo en una violación del principio previamente determinado, ya que no puede existir una sanción de índole penal, frente a un hecho que no ha sido considerado como tal, por el cuerpo normativo competente; sobre todo, teniendo en consideración que puede llegar hasta 180 días de prisión por aquel no haya pagado la pensión alimenticia, sin importar el motivo por el cual no haya podido efectuar el pago.

En este sentido, aquellos deudores que no cuenten con la capacidad económica de efectuar el pago mensual realizado, se les va a privar de su libertad mediante la ejecución de la medida llamada apremio personal; misma que es considerada como una medida de carácter civil, a fin de incentivar el pago de las pensiones alimenticias, respecto de las cuales se encuentra impago. En este sentido, haciendo referencia a los principios analizados anteriormente, la norma internacional y constitucional que habilita al legislador a imponer como consecuencia del incumplimiento de obligaciones alimenticias a la privación de la libertad, tiene su punto de partida en el principio del interés superior del niño, sin embargo, la aplicación de dicha norma demuestra que no se cumple con el objeto principal de la misma, en razón de que los niños, niñas y adolescentes que se pretende proteger, continúan sin satisfacer sus necesidades, y los padres alimentantes son “castigados” por no contar con la capacidad económica para responder por sus obligaciones.

Como se puede evidenciar, dicha conducta se adecúa perfectamente con el llamado poder punitivo latente, en razón de que se disfraza bajo un discurso aceptable a primera vista, y habilitado por una norma inminentemente penal. En este caso, el discurso se basa en que dicha norma procura el cumplimiento de la obligación del alimentante frente al alimentado, pero en la práctica la norma va dirigida sobre aquellos que no han sabido cumplir con la obligación, por falta de posibilidades económicas; más no, por falta de voluntad.

Ahora bien, para reforzar las conclusiones previamente indicadas, a continuación procederemos con el análisis de dos casos específicos, pertenecientes a nuestro universo de 70 casos iniciales.

Dentro de la causa N° 17962-2011-1589, seguida por parte de la señora Norma María Navas González, en representación de sus hijas Gissela Verónica Mancheno Navas, y Jessica María Mancheno Navas, en contra de señor Luis Alejandro Córdova Mancheno, se reconoce la obligación alimenticia del denunciado, y ambas partes acuerdan fijar una pensión de alimentos por el valor de \$ 111,00. En la misma acta del acuerdo transaccional, de 18 de enero de 2012, se procede a realizar la respectiva liquidación de lo adeudado por parte demandado, desde el momento en que inicio el juicio de alimentos, cuya cantidad es de \$344,00, que deberán ser pagados durante los seis meses siguientes.

Como se evidencia, dentro de un juicio de alimentos, una vez que se haya comprobado la existencia de obligación por parte de juez competente, y se realiza la respectiva audiencia única; momento procesal oportuno, para resolver sobre la pensión alimenticia reclamada. En el presente caso, las partes habían acordado previamente el valor de la pensión, y le juez decidió aceptar el mismo. Es necesario tomar en cuenta que existe una tabla de pensiones alimenticias, que determina cual es el porcentaje del ingreso mensual que debe pagar el alimentante, mismo que depende del salario que recibe mensualmente; y que en este caso, representaba el 38% del salario mensual del demandado, el cual era de \$ 290.

Después de nueve meses de fijada la pensión alimenticia, se solicita por parte de la demandante el apremio personal del alimentante, por no haber pagado las pensiones correspondientes, que llegan a la suma de \$ 740,40. El juez competente emite la respectiva providencia, concediéndole el término de 48h para realizar el respectivo pago, mismo que no fue consignado y se dispuso, mediante boleta de apremio personal de 08 de noviembre de 2012, la detención del alimentante por un 30 días.

Únicamente después de 12 meses de haber sido detenido por 30 días, se solicita nuevamente por parte de la demandante, que se emita la correspondiente boleta de apremio en contra del señor Luis Alejandro Mancheno Córdova, por el retraso de dos meses consecutivos. Se emite la correspondiente boleta de apremio el día 18 de junio de 2014, disponiendo la detención del

alimentante por un tiempo de 30 días, por adeudar la cantidad de \$ 1 974,02, correspondientes desde el mes de diciembre del año 2013, hasta el mes de junio del año 2014; misma que no se hace efectiva en razón de que la demandante la extravía, y se emite una nueva boleta de apremio el por adeudar el valor de \$ 2 221,12, la cual se ejecuta el 20 de mayo de 2015.

Con fecha 18 de junio de 2016, el alimentante presenta una acción de habeas corpus, la cual es resuelta y aceptada, mediante audiencia única de fecha 26 de junio del mismo año. En el acta de dicha audiencia, el demandado solicita su liberación inmediata, ya estaba detenido más de treinta días, y subsidiariamente propone cancelar cincuenta dólares mensuales, más la pensión alimenticia fijada. Una vez puesto en libertad el demandado, solicita al juez competente que acepte la propuesta de pago solicitada dentro de la acción de habeas corpus; misma que le fue negada por parte de dicho juez, en razón de que consideraba que no había existido ninguna constancia de que dicha propuesta haya sido aceptada por la jueza constitucional. Posteriormente, el alimentante solicita mediante escrito que se derive al Centro de Mediación de la Función Judicial, con el fin de que pueda llegarse a un acuerdo de pago; misma solicitud que fue acogida por parte del Juez a cargo, sin embargo, al negarse la accionante a que se derive la causa a mediación, se dispone al demandado que pague el valor de \$ 3 742,14. Finalmente, se dispone mediante boleta de apremio, la detención del alimentante por el tiempo de 60 días, por haber reincidido en el incumplimiento de la pensión alimenticia.

En el presente caso, estamos ante un obligado cuya situación económica es baja, al contar con un salario mínimo mensual, desde el año 2011. Se ha podido determinar, que desde el reconocimiento judicial de la obligación, el demandado ha pagado durante los dos primeros años lo correspondiente a lo adeudado. No obstante, desde el mes de diciembre del año 2013, no ha cancelado el valor liquidado por el juez competente; razón por la cual se ha dispuesto el apremio del mismo en dos ocasiones por haber reincidido. Es menester tener en consideración, que si bien no ha existido durante más de dos años el pago de las pensiones alimenticias por parte del demandado; el mismo ha propuesto una fórmula de pago, y que la causa se derive a mediación con el fin de llegar a un acuerdo con la accionante. Resulta evidente que la falta de pago en el presente caso, se debe a un componente económico, más que voluntario, es decir, el demandado ha intentado en varias ocasiones lograr llegar a un acuerdo del valor adeudado, sin

embargo, en ambas ocasiones dichas propuestas han sido negadas por parte de la accionante y del juez competente.

En segundo caso, con número de causa 17204-2015-1281, propuesto por la señora Evelyn Selena Loor Cantuña, en representación de su hija Naidelyn Maily Chicaiza Loor, en contra del señor Alexis Robinson Chicaiza Cabascango, se reconoce la obligación del demandado, y dispone fijar como pensión alimenticia el valor de \$97 mensuales, por haber fallado la audiencia única. Dos meses después de haber resuelto el valor de la pensión alimenticia, y haber dispuesto al alimentante al pago mensual, se solicita por parte de la accionante, el apremio de demandado por no haber pagado lo correspondiente desde el inicio del juicio.

Una vez emitida la providencia mediante la cual dispone el plazo de 48 horas para que el alimentante realice el pago de la totalidad de lo adeudado, y se ordena con fecha 25 de noviembre de 2016, el apremio personal del deudor; el cual es detenido por la autoridad facultada para hacerlo. Mediante escrito de 20 de diciembre de 2015, el alimentante solicita una audiencia al juez, con el fin de llegar a un acuerdo de pago, en razón de que le era imposible cancelar el valor adeudado; solicitud que es aceptada y se dispone a las partes procesales, que comparezcan a audiencia, el día 31 de diciembre del 2015. En dicha audiencia, el demandado realiza el pago de \$300 correspondiente al valor adeudado, y realiza una propuesta de pago respecto de los \$ 914,00 restantes, la cual es aceptada por parte de la accionante, y se dispone la inmediata liberación del deudor.

Tres meses después del acuerdo llegado, se solicita por parte de la demandante el apremio personal de alimentante, en razón de que no había realizado el pago correspondiente a pensiones atrasadas. Mediante boleta de apremio de 09 de junio de 2016, se dispone el apremio personal por un plazo de 60 días, en razón de que ha sido reincidente. Al igual que la primera ocasión, mediante escrito de 07 de julio del presente año, se solicita por parte del deudor la realización de una audiencia, con el fin de llegar a un acuerdo de pago, en razón de que no contaba con la cantidad de dinero suficiente para realizar la totalidad del pago. En audiencia de 12 de julio de 2016, el alimentante realiza el pago de \$ 930,00 y propone un acuerdo por los siguientes 6 meses, en los cuales procederá a efectuar el pago de \$ 50,00

mensuales, más la pensión alimenticia fijada; petición que es acogida por la parte accionante y se dispone la inmediata libertad del alimentante.

En el presente caso, el deudor fue detenido en dos ocasiones por haber incumplido con el valor adeudado; sin embargo, en ambas solicitó una audiencia ante el juez competente, con el fin de establecer una fórmula de pago. Este hecho es una clara manifestación de la voluntad del deudor de cumplir con la obligación, la cual no lo había hecho porque no tenía la posibilidad de efectuar el pago completo.

Es imperante indicar que, de los 70 juicios de alimentos, dentro de los cuales se dispuso el apremio personal de los deudores, se comprobó que en el 85% de los casos, se había fijado una pensión de alimentos menor los \$120 mensuales, es decir, que los ingresos percibidos por parte de los morosos fluctuaban entre los \$350 y \$400 al mes. Por lo cual, no se incurriría en un error al afirmar que la mayoría de los alimentantes deudores en contra de los cuales se emite boleta de apremio, y se dispone su detención por incumplimiento alimenticio, pertenecen a un estrato social bajo.

De este modo, si bien dicha norma legal fue creada con el objeto de prevenir que los alimentantes incumplan con su obligación, y de castigar a aquellos que no lo han hecho; al momento de su aplicación, se ha podido evidenciar que en la mayoría de las personas detenidas por incurrir en dicho incumplimiento, son aquellas que no tienen la capacidad de pagar la totalidad de lo adeudado. Dicha conclusión ha sido afirmada por parte del Dr. Roger Cusme, Juez de la Unidad Especializada Cuarta de la Familia, Niñez y Adolescencia, quien supo manifestarnos en la entrevista realizada que, en efecto, el denominador común de la mayoría de juicios de alimentos tramitados dentro de su unidad, es el estrato económico al cual pertenecen.

El referido hecho ha sido estudiado por parte de Paulina Canales, dentro de su artículo “Incumplimiento de la obligación de pagar alimentos a los hijos menores de edad en la legislación de Argentina, España, y Francia”, para el Departamento de Estudios de Extensión y Publicaciones del a Corte Nacional de Chile, en el analiza como en varios países se ha dado lo que ella llama la “huida hacia el Derecho Penal”, teniendo como justificación la excepción de la privación de la libertad por incumplimiento de obligaciones alimenticias, reconocida

internacionalmente. (Canales, 2005: 20) Es necesario tener presente que, ni el Tratado Internacional ni la Constitución de la República del Ecuador, redactan dicha excepción como una regla normativa, cuyo presupuesto fáctico conlleve, necesariamente a la privación de la libertad como consecuencia jurídica, es decir, dicha disposición, únicamente está abriendo la posibilidad para que el legislador, en caso de considerarlo necesario, pueda sancionar el incumplimiento de las pensiones alimenticias con la prisión del moroso; sin ser un mandato, que obligue al legislador a sancionar todo incumplimiento de satisfacción de pensiones alimenticias, con la privación de la libertad.

En la actualidad, existe un caso de suma importancia que no puede ser pasado por alto en el desarrollo del presente subcapítulo, el mismo que aunque no ha sido tramitado por parte de los jueces anteriormente indicados, merece ser analizado con detenimiento, pues ha adquirido trascendencia social, jurídica, política y mediática. Esto, en razón de que el problema que plantea el caso parte del cuestionamiento de la aplicación de la norma jurídica que contempla el apremio personal en un integrante de un grupo social específico, como lo es un hombre que padece una enfermedad catastrófica y por lo tanto pertenece a un grupo de atención prioritaria, lo que ha generado un impacto adicional en la sociedad; trascendencia jurídica, por cuanto se formuló una acción de inconstitucionalidad en contra de la referida disposición jurídica, propiciando de este modo la discusión en el ámbito jurídico- constitucional del apremio personal; política, en virtud de que varios actores políticos han mostrado su postura sobre este punto en reiteradas ocasiones; y, mediática como consecuencia de las tres anteriores, ya que los medios de comunicación han cubierto ampliamente el caso.

Como principales antecedentes del caso en referencia, se debe indicar que éste inició con la demanda de declaratoria de paternidad y fijación de alimentos, propuesta por la señora Edith Maribel Aimacaña Tipan, en representación del niño Ángel Sebastián Aimacaña Tipan, en contra del señor Javier Renan Donoso Saldarriaga; dicho caso fue signado con el número 17956-2011-1339. Inicialmente, la jueza ponente fijó una pensión provisional de \$ 71,81 a favor del niño, valor que debía ser cancelado por parte del demandado, hasta que se realice la experticia de ADN y se resuelva respecto de la paternidad controvertida. Una vez demostrado que el señor Javier Renán Donoso Saldarriaga, efectivamente era padre del niño Ángel Sebastian Aimacaña Tipán, se resolvió aceptar parcialmente la demanda presentada por parte

de la señora Edith Maribel Aimacaña Tipán, mediante sentencia de 03 de septiembre de 2013, ratificando la pensión alimenticia provisional fijada en auto de 13 de octubre de 2011, esto es, en la cantidad de \$71,81; debiendo señalar que aquella prestación de alimentos corría desde la presentación de la demanda, es decir, 06 de octubre de 2011. La primera boleta de apremio personal en contra del señor Javier Renán Donoso Saldarriaga, se la dicta el 10 abril de 2014, por adeudar la cantidad de \$ 2.760, 33, que corresponde a la liquidación de octubre de 2013 hasta abril del año 2014; siendo detenido por no haber pagado el monto adeudado dentro del tiempo establecido, y posteriormente puesto en libertad por haber cumplido con el valor adeudado. Posteriormente, en el año 2016 se volvió a dictar apremio personal en contra del señor Javier Renán Donoso Saldarriaga, por adeudar el valor de \$ 12 000; cantidad que se asume, no ha sido cancelada hasta la presente fecha, en razón de que en la página web de la Función Judicial de la Provincia de Pichincha, refleja que, con fecha 23 de febrero de 2017, se ha efectuado una audiencia de conciliación, en la cual se ha llegado a una fórmula de pago con el objetivo de cancelar los valores adeudados.

Como se puede ver, el presente caso resulta similar a la mayoría de juicios alimenticios en los cuales no se ha pagado el valor adeudado, y por ende, se dicta apremio personal en contra del alimentante moroso. No obstante, la diferencia radica en la condición del padre alimentante, en razón de que el juez que dicta el apremio personal no toma en cuenta que el obligado alimentante pertenece al grupo de atención prioritaria, ya que sufría de una enfermedad catastrófica en su etapa terminal. En este sentido, la medida dictada en contra del señor Javier Renán Donoso Saldarriaga, según varios medios de comunicación que cubrieron la noticia, provocó que se interrumpan sus tratamientos y que pierda el único sustento que tenía de ingresos mensuales. (Ecuadorinmediato, 02-12-2016). Por lo cual, teniendo como punto de partida su experiencia personal, presentó ante la Corte Constitucional del Ecuador, una acción de inconstitucionalidad en contra del primero inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos; al considerar que dicha norma vulnera el principio de proporcionalidad y por tanto es inconstitucional.

Así como los anteriores casos mencionados, uno que es necesario traer a colación es la acción de inconstitucionalidad presentada por parte del señor Javier Renán Donoso Saldarriaga. Como es de nuestro conocimiento, la acción de inconstitucionalidad es un

mecanismo de control abstracto de constitucionalidad, en el que no se analiza la aplicación de la norma en situaciones concretas, sino que se determina la constitucionalidad de la misma únicamente al confrontar la disposición jurídica con la Constitución. En este sentido, si bien es cierto que la situación vivida por parte del señor Javier Renán Donoso Saldarriaga fue lo que motivó la interposición de la acción, la Corte Constitucional debería examinar la norma prescindiendo de las circunstancias fácticas producto de su aplicación en un caso concreto. Sin embargo, es importante anotar que aunque aquellos aspectos no serán analizados por la Corte Constitucional, sí mostraron a la sociedad y al poder público la existencia de algunas falencias de dicha norma que podrían ser perfeccionadas teniendo en cuenta aspectos que actualmente no son analizados en la configuración de la norma.

Una vez presentada la acción de inconstitucionalidad, fue signada con el número 0052-16-IN y posteriormente fue admitida a trámite por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional mediante auto de 16 de agosto de 2016. Dentro de la demanda presentada, se exponen ciertos fundamentos y argumentos importantes respecto de la desproporcionalidad de la medida de apremio personal, en la forma que está contemplada en el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, los cuales cito a continuación:

En su aplicación, se ha colegido que el apremio personal por incumplimiento de pensiones alimenticias, no ha logrado convenientemente su fin, que es la satisfacción del derecho de alimentos de la niña, niño y adolescente, puesto que el progenitor sea privado de la libertad, está impedido de generar los recursos suficientes que le permitan cubrir sus obligaciones, dado que no puede ejercer su derecho al trabajo y como consecuencia ejercer a un estipendio económico que le permita cumplir con sus obligaciones alimenticias, lo que limitaría al ejercicio de otros derechos como los enunciados anteriormente, con las razones que expondremos más adelante.

Por otra parte, es preciso señalar, que actualmente como está regulada la figura del apremio, no hace esta distinción entre el progenitor que por su situación laboral y económica, no puede pagar las pensiones alimenticias y el progenitor, que, haciendo uso de sus artificios y medios maliciosos, como: renunciar al trabajo, traspaso de los bienes muebles e inmuebles, venta de las acciones, entre otros; intenta burlar el cumplimiento de su obligación, como ocurre en otras legislaciones, para el efecto podemos citar el caso boliviano y costarricense; de ahí que, también las personas apremiadas generan un gasto para el Estado, ya que no merece rehabilitación social, al no ser personas sentenciadas y sancionadas penalmente. (Acción de inconstitucionalidad, Caso 0052-16-IC)

Si bien lo anteriormente indicado, son únicamente argumentos o conclusiones llegadas por parte del accionante, las cuales pueden o no ser tomadas en consideración por parte de la Corte Constitucional del Ecuador para resolver la acción de inconstitucionalidad, creo necesario mencionarlas ya que concuerda con una de las conclusiones obtenidas dentro de la presente disertación, la cual es que el fin propio de la norma no se cumple, ya que se limita el derecho al trabajo del obligado alimentante, y por ende, se reduce la posibilidad de que se pueda satisfacer las necesidades de aquellos a quienes pretende proteger la norma, los niños, niñas y adolescentes.

Como se han indicado en varias ocasiones, no existe discusión alguna respecto de lo establecido por la norma constitucional e internacional, la cual habilita al legislador a prever como consecuencia a la privación de la libertad en caso de incumplimiento de medidas alimenticias; la discusión radica en interpretación que hizo el legislador de dicha facultad otorgada por la norma, y la forma en la cual se legisló. Así también, hace una diferenciación entre los padres que no pueden pagar las pensiones alimenticias por falta de medios económicos, y aquellos que no quieren pagar las pensiones alimenticias de manera voluntaria, determinando que la medida de apremio personal es desproporcional respecto del primer caso. Ambas conclusiones, van a ser analizadas detenidamente dentro de la presente disertación, posteriormente.

Como es de nuestro conocimiento, al admitirse una acción de inconstitucionalidad frente a una disposición jurídica, los órganos que la emitieron están obligados a pronunciarse sobre las pretensiones de la accionante, es decir, defender la norma o allanarse a su inconstitucionalidad, tal como lo ordena el artículo 80 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; en este caso, al tratarse de una norma legal correspondió el pronunciamiento de la función legislativa y de la función ejecutiva como colegislador.

Actualmente, dicha acción se encuentra pendiente de resolución por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, la cual tiene la posibilidad de estudiar las implicaciones constitucionales del apremio personal por incumplimiento de pensiones alimenticias; y, resolver con carácter *erga omnes* los efectos de su decisión; es decir, podría declarar la inconstitucionalidad total de la norma expulsándola del ordenamiento jurídico o, como lo

sugiere el accionante, podría modular el enunciado normativo a través de una sentencia atípica, en la cual, atentos a los principios de permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico, interpretación conforme y de declaratoria de inconstitucionalidad como recurso de ultima ratio, previstos en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional . Es decir, el máximo órgano de control constitucional podría cambiar el sentido de la norma ajustándola al texto constitucional, permitiendo que el apremio personal se aplique únicamente cuando se demuestre que no existe la voluntad de cumplir con la obligación de alimentos en favor de niñas, niños y adolescentes; y, no cuando se evidencie que la falta de pago es producto de la imposibilidad por parte del obligado.

En mi opinión, la oportunidad que tiene la Corte Constitucional es inmejorable para estudiar jurídicamente las implicaciones de esta medida, aprovechando precisamente el impacto social, jurídico, político y mediático que ha generado este caso. Es importante señalar que a la acción de inconstitucionalidad en referencia, el 27 de enero de 2017 se le ha acumulado otras dos acciones que fueron propuestas en el año 2010 y que pese a la trascendencia del asunto no fueron resueltas por la Corte Constitucional en alrededor de siete años; lo cual ratifica que la acción No. 0052-16-IN generó una coyuntura de interés sobre el apremio personal que debe ser aprovechado por la Magistratura Constitucional, siendo imperioso que examine la norma a la luz de la Constitución de la República; así, en caso de que comparta el criterio de que el precepto legal no es proporcional por cuanto la restricción que prevé es mayor a la protección que otorga, tendrá que estudiar minuciosamente los efectos que dotará a la medida, debiendo en todo caso precautelar el intereses superior de niñas, niños y adolescentes a través del establecimiento de mecanismos idóneos y necesarios para satisfacer sus legítimos intereses, pues la vida digna de este grupo de atención prioritaria únicamente será garantizado si existen herramientas útiles que promuevan el ejercicio real de sus derechos.

Ahora bien, una vez mencionado los antecedentes del presente caso, es menester demostrar la trascendencia del mismo dentro del desarrollo de la presente disertación. Como se ha mencionado con anterioridad, la medida de apremio personal por incumplimiento de pensiones alimenticias tiene como fin garantizar el cumplimiento de las mismas, sin embargo, al momento de que dicha medida ha sido aplicada en casos concretos, se evidencia el problema

que tiene el presente precepto legal; mismo que no se percató el legislador al momento de la creación de dicha norma.

La privación de la libertad es considerada como aquella sanción penal, consecuencia del cometimiento de actos contrarios a la ley, y reconocidos como “delitos” por el cuerpo legal competente. Como se ha demostrado en varias ocasiones, la presente medida de apremio personal, se debe entender como la privación de la libertad de una persona, cuya diferencia con la pena, radica en que el privado de la libertad no ha cometido delito alguno. En el presente caso, no solo se demuestra que existe una intromisión evidente del derecho penal en el derecho de niñez y adolescencia, como un ejercicio del poder punitivo latente; cuestión que se agrava en razón de que dicha medida vulnera otro derecho aparte de la libertad de movilidad, debido a la condición del obligado alimentante. En este sentido, la ejecución del apremio personal frente al señor Javier Renan Donoso Saldarriaga, vulneró derechos más importantes que el de libertad de movilidad, en razón de que impidió que continúe con sus tratamientos respectivos debido a que sufría una enfermedad catastrófica, además de vulnerar el derecho al trabajo, porque provocó que pierda su único sustento económico.

Por lo cual, el hecho de que la aplicación de una norma, la cual está habilitada constitucionalmente, vulnera derechos fundamentales pudiendo ser evitado con medidas menos lesivas, obligan a la realización de un test de proporcionalidad para determinar las situaciones en las cuales dicha norma puede ser constitucional y en cuales no; análisis que va a efectuar posteriormente dentro de la presente disertación, con el afán proponer una solución al presente problema, y lograr un aporte académico importante.

4.1.2. Resoluciones del Tribunal Constitucional de la República del Ecuador

Dentro del tema que nos compete, el anterior Tribunal Constitucional de la República del Ecuador, actualmente Corte Constitucional del Ecuador, expidió ciertas resoluciones en las que se llega a conclusiones importantes respecto de la medida de apremio personal y la

naturaleza jurídica que la misma ostenta; mismas que son clave para la demostración de la hipótesis planteada inicialmente.

En la resolución emitida por la Primera Sala del Tribunal Constitucional de Ecuador dentro del Caso N 0086-2006-HC de 26 de enero de 2006, en su considerando sexto, se establece lo siguiente:

(...) Revisada en su integridad la norma, es claro que el apremio personal, lejos de consistir en una pena, **es propiamente una medida de presión y fuerza creada por la ley para obligar al pago de las pensiones alimenticias**, disponiéndose, según se establece en el inciso primero, que en el caso de no pago de dos o más pensiones de alimentos, el juez ordene el apremio personal, "hasta por diez días"; y que, en caso de reincidencia, éste plazo se extenderá "hasta por treinta días". Este es el plazo máximo por el que el apremio personal, concebido como medida de fuerza, no una pena, puede extenderse y determinarse con ese límite, según la Ley. Sin embargo, **el último inciso del mismo artículo, en su estructura literal conlleva a que la medida de apremio, cautela y fuerza, subordinada por tanto a un interés mayor, se traduzca en una pena indefinida y perpetua por razón de las obligaciones de alimentos no sufragadas por más de un año.** (Las negrillas me pertenecen)

Antes de dar paso al análisis respectivo, vale la pena indicar que a la fecha de expedición de las resoluciones tomadas para en análisis existía otra legislación vigente, misma que ha sido reformada actualmente. No obstante, el análisis se lo va a efectuar sobre los elementos vigentes de la medida de apremio personal, que coinciden con los que se encontraban vigentes al tiempo de la expedición de dichas resoluciones.

De la lectura realizada al presente considerando se puede evidenciar que el Tribunal Constitucional concluye que el apremio personal por incumplimiento de pensiones alimenticias no constituye pena alguna. Ahora bien, conocemos que la pena en sentido general es aquella consecuencia o sanción derivada del cometimiento de un delito, por lo cual llegar a la conclusión de que el apremio personal no constituye una pena se lo puede hacer sin mayor análisis, ya que incumplimiento de pensiones alimenticias no se encuentra tipificado ni recogido por la legislación ecuatoriana como un delito. No obstante, el Tribunal Constitucional no efectúa un análisis más profundo respecto del origen de la medida de apremio personal, ni de la norma que habilitó al legislador a que imponga dicha sanción.

Como hemos dicho con anterioridad, existe una norma constitucional e internacional que faculta al legislador a sancionar con la prisión del obligado alimentante, en caso de

incumplimientos de pensiones alimenticias. Dicha norma es amplia y general, con justa razón, ya que es el deber del legislador regular específicamente la situación contemplada por esta norma dentro del cuerpo normativo competente, teniendo en consideración todos los principios y disposiciones constitucionales respectivos. Ahora bien, teniendo en consideración que el poder punitivo, institución meramente penal, constituye toda coerción estatal que no persigue reparación alguna, y adicionalmente, de conformidad con el principio de mínima intervención penal reconocido en la Constitución de la República del Ecuador, se debe privar de la libertad a una persona únicamente cuando se haya cometido un delito, no puede considerarse a la privación de la libertad de una persona como una medida de carácter civil. Además, el propio Tribunal Constitucional reconoce a la medida de apremio personal como *“una medida de presión y fuerza creada por la ley para obligar al pago (...)”*, sin embargo deja de lado el análisis de lo que significa y engloba establecer que es una “medida de presión y fuerza”, entendida esta también como un castigo que condiciona el comportamiento de los individuos, es decir, en otras palabras están ejerciendo coerción estatal; elemento sustancial del poder punitivo estatal.

Así también, respecto de la segunda conclusión llegada por parte del Tribunal Constitucional en el considerando sexto anteriormente citado, si bien actualmente en el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos si establece un tiempo máximo de detención de la persona por incumplir con el pago de pensiones alimenticia (180 días), a diferencia del que se está analizando en la presente resolución, el efecto producido es el mismo. Dicha conclusión es la misma que se llegó anteriormente, cuando se realizó un supuesto en el que el padre iba a tener una obligación alimenticia por más de 25 años, no existe regulación alguna respecto de una persona que reincida por más de tres veces consecutivas. Dicho presupuesto trae como consecuencia, que una persona que no tenga posibilidad económica alguna, y por lo cual no pueda realizar el pago de las pensiones alimenticias, entrará y saldrá de la cárcel hasta que tenga un trabajo estable y pueda cumplir con las mismas. En efecto, el problema no es tan grave como en la norma anterior donde no había un máximo de tiempo de detención en los casos de incumplimiento de más de un año, pero actualmente no hay regulación alguna que determine que es lo que sucede si se reincide por una cuarta vez, es decir, existe la posibilidad

de que el alimentante moroso se lo vuelva a privar de la libertad por 30 días, y así sucesivamente hasta que logre el pagar los valores pendientes.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la resolución dentro del Caso 0170-2007-HC de 11 de agosto de 2008, específicamente en su considerando sexto, en el cual establece lo siguiente:

“ (...) Es necesario aclarar que si bien el artículo 23, numeral 4 de la Constitución Política prohíbe la prisión por deudas, exceptuando el caso de pensiones alimenticias, de ninguna manera puede interpretarse que la Carta Fundamental autorice internamientos indefinidos o perpetuos por esta causa, pues, es indudable que el referido artículo garantiza que no se apliquen penas de privación de la libertad por actos no estatuidos como delitos, penas que deben estar legalmente establecidas, con duraciones definidas. (...) La Constitución Política confirma su vocación pro-libertad, cuando establece límites temporales a la prisión preventiva como medida cautelar, garantizando que no existan internamientos indefinidos.”

Si bien en considerando citado con anterioridad se refiere al último inciso del artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia, que actualmente ya se encuentra derogado, el análisis efectuado por parte del Tribunal Constitucional es demás útil en el desarrollo del presente tema investigativo, ya que también puede ser aplicado respecto de la normativa actual referente a la medida de apremio personal, regulada en el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos.

Como se mencionó con anterioridad, con la actual regulación no pudiéramos afirmar que el alimentante moroso va a estar privado de la libertad indefinidamente, o por lo menos no debería suceder, ya que la norma competente establece un máximo de tiempo de 180 días de prisión. No obstante, teniendo en consideración que una persona pudiera estar privada de la libertad por más del 73% de los días del año por no haber pagado pensiones alimenticias, pudiendo repetirse dicha situación hasta que la obligación se extinga, si bien no pudiera afirmarse que es una “prisión indefinida”, se acerca bastante a la misma.

Así también, en dicho considerando el Tribunal Constitucional abarca un punto realmente importante, pero que no se analiza con profundidad o se lo hace de manera incorrecta. Se menciona que debe existir una coherencia normativa, sobre todo de principios constitucionales, al momento de regular o legislar; en razón de lo cual, se indica que la Constitución de la República del Ecuador “garantiza que no se apliquen penas de privación de

la libertad por actos no estatuidos como delitos, penas que deben estar legalmente establecidas, con duraciones definidas”, para llegar a la conclusión de que no puede existir la prisión indefinida, pero no se menciona nada acerca de que no se deben aplicar penas privativas de la libertad por actos no estatuidos como delitos. No cabe duda que el “apremio personal por alimentos” es considerado como una privación de la libertad, tanto es así que se aplican dichas normas para motivar la decisión tomada en su resolución.

4.2. Test de proporcionalidad de la medida de apremio como consecuencia del incumplimiento de pensiones alimenticias.

Conforme quedó anotado al inicio del presente capítulo, en razón de que la medida de apremio personal en materia de alimentos conlleva la limitación de uno de los derechos de libertad reconocidos en la Constitución de la República así como en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, corresponde examinar si aquella afectación tiene como sustento un fin constitucional legítimo, y si la restricción es idónea, necesaria y esencialmente proporcional con la protección que ofrece. En este sentido, teniendo en cuenta que la solución de antinomias y controversias de índole constitucional cuentan con mecanismos propios y específicos para tal efecto, se analizará la medida de apremio personal a partir del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 3 numeral 2 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Cabe advertir que el entonces Tribunal Constitucional del Ecuador emitió varias resoluciones dentro de procesos de hábeas corpus al amparo de la Constitución Política de 1998, como en los casos No. 0086-2006-HC, 0170-2007-HC y 0172-2007-HC, en donde el órgano constitucional aplicó el test de proporcionalidad a la medida de apremio personal, concluyendo, como se examinará más adelante, que esta medida no guardaba la debida proporcionalidad cuando el obligado estaba detenido más del tiempo establecido en la norma o cuando a pesar de haber pagado el monto adeudado continuaba detenido, y planteó una fórmula de compromiso de pago que debería suscribir el alimentante previo a obtener su

libertad. Sin embargo, el análisis que se realizará a continuación no se limitará a reproducir los argumentos empleados por el ya extinto Tribunal Constitucional, sino que se desarrollará el test de proporcionalidad, distinguiendo dos circunstancias que se desprenden del análisis jurisprudencial realizado en la sección precedente; esto es, en el evento en el cual el incumplimiento se debe a la imposibilidad económica del alimentante y cuando, por el contrario, teniendo los recursos económicos no se ha cubierto las pensiones por la voluntad y decisión del obligado.

Carlos Bernal Pulido en la obra “El Derecho de los derechos” (2005), sobre el principio de proporcionalidad, ha manifestado lo siguiente:

(...) en el Estado constitucional no puede valer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino sólo aquellas restricciones que sean idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir, las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir aquéllas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce. (p. 82)

En concordancia con lo expuesto, la legislación vigente ecuatoriana en materia constitucional, ha recogido a la proporcionalidad como un método de interpretación constitucional atendiendo a los caracteres considerados por la doctrina; así, el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina:

Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- (...)

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. **Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.** (El resaltado me pertenece)

Bajo estas consideraciones, este mecanismo se caracteriza por la confrontación de la medida legal que limita el ejercicio de un derecho constitucional, con una serie de parámetros que configuran el test de proporcionalidad, para verificar si dicha restricción persigue un fin constitucionalmente previsto, y si ésta tiene equilibrio con la protección que ofrece; es decir

que mediante este mecanismo de interpretación constitucional se podrá examinar también si la medida en cuestión protege de manera eficaz el fin constitucional que la sustenta.

Respecto de los parámetros del test de proporcionalidad, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-1321 de 2000, determinó los pasos que debe seguir este tipo de análisis, de la siguiente forma:

“i. Determinar si la medida limitativa busca una finalidad constitucional; ii. Si es adecuada respecto del fin; iii. Si es necesaria para la realización de éste – lo cual implica la no existencia de una alternativa que garantice el cumplimiento del fin limitando en menor medida el derecho que se ve restringido-, y vi. Si es estrictamente proporcional en relación con el fin que busca ser realizado...”

De este modo, en atención de aquellos parámetros, se someterá al test de proporcionalidad al artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, norma que como se ha indicado en reiteradas ocasiones, derogó al artículo 22 agregado mediante la Ley publicada en Registro Oficial Suplemento 643 de 28 de Julio del 2009, que a su tenor dispone:

Art. 137.-Apremio personal en materia de alimentos.

En caso de que el padre o la madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, la o el juzgador a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago dispondrá el apremio personal hasta por treinta días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días.

En la misma resolución en la que se ordene la privación de libertad, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre la o el deudor.

Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo o cheque certificado. Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata.

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá ejecutar el pago en contra de las o los demás obligados.

Similar procedimiento se cumplirá cuando la o el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios.

No cabe apremio personal en contra de las o los obligados subsidiarios.

En primer lugar, corresponde determinar si la norma objeto del presente análisis tiene como propósito garantizar un fin legítimo previsto en la propia Constitución. Al respecto, es

evidente que la prescripción normativa citada contempla como consecuencia del incumplimiento de dos o más pensiones alimenticias, la privación de la libertad en contra del obligado de cubrir alimentos a través del denominado apremio personal. Por consiguiente, es fácil colegir que el fin de la norma es que se garanticen las pensiones alimenticias en favor de niños, niñas y adolescentes titulares de este derecho, estableciendo para el efecto una consecuencia jurídica que afecta la libertad ambulatoria o de tránsito del alimentante en mora.

Ahora bien, una vez que se ha establecido el objeto del artículo 137 ibídem, cabe pronunciarse sobre si dicho fin tiene sustento constitucional. Así, el artículo 2 agregado mediante la Ley publicada en Registro Oficial Suplemento 643 de 28 de Julio del 2009, establece que: *“El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios...”*; con lo cual se observa que el derecho a alimentos guarda relación con el adecuado desarrollo integral y la vida digna de sus titulares, quienes tratándose en su mayoría de niñas, niños y adolescentes son beneficiarios del principio de interés superior previsto en el artículo 44 de la Constitución de la República; es decir, como principal sustento constitucional de la medida de apremio, se puede considerar al interés superior de este grupo de atención prioritaria, ya que al haberse previsto una consecuencia jurídica frente al incumplimiento de pensiones alimenticias, se busca precautelar a niñas, niños y adolescentes. En armonía con lo dicho, la Corte Constitucional ha reconocido, en la sentencia No. 048-13-SCN-CC, la trascendencia y el objeto de este derecho, y lo ha expresado del siguiente modo:

Entonces, el denominado derecho de alimentos –y su contraparte, la obligación alimentaria–, en realidad no se agotan en la procura de la alimentación, como se podría pensar si se interpretase el término de manera aislada. En realidad, el pago de un valor correspondiente a una pensión alimenticia está destinado a cubrir con los valores que permitirán al beneficiario el gozar de su derecho a la vida digna, consagrado en el artículo 66, número 2 de la Norma Fundamental.

En este sentido, la medida legislativa sí persigue un fin constitucionalmente establecido, como es la protección especial de la vida digna y desarrollo integral de los titulares del derecho de alimentos. Tanto es así la importancia que el constituyente le otorgó al cumplimiento de pensiones alimenticias, que en el artículo 66 numeral 29 literal c) de la Norma Suprema, ha

previsto como una excepción a la prohibición de privación de la libertad, al incumplimiento de estas pensiones; y, en el artículo 328, consagró que la remuneración salarial es inembargable *“... salvo para el pago de pensiones por alimentos.”*

Con esto, se evidencia que la privación de la libertad como consecuencia del incumplimiento de pensiones alimenticias tiene una medida constitucional; por lo que, habiéndose determinado aquello, corresponde examinar la norma a la luz de los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 003-14-SIN-CC, sobre la idoneidad, expresó: *“El examen de idoneidad se supera si se logra determinar que la norma es eficaz para alcanzar el fin constitucionalmente protegido.”* En este contexto, en el análisis de este parámetro se considera únicamente que exista un vínculo adecuado e idóneo entre la medida legislativa y la protección que puede ofrecer al fin constitucional.

De este modo, si partimos de que la norma establece como consecuencia jurídica a la privación de la libertad para asegurar la satisfacción de las obligaciones alimenticias, se observa claramente que la medida legal sí permite proteger al fin constitucional de asegurar la vida digna y desarrollo de los titulares de aquel derecho; así lo determinó el Tribunal Constitucional en la resolución No. 0147-2007-HC, donde expresó: *“Si lo que pretende es asegurar el derecho a la alimentación del menor, nada más eficaz que propender a la pérdida del máspreciado bien humano –la libertad- en caso de ver afectado tal derecho.”*

En cuanto al parámetro de necesidad, la Corte Constitucional en la sentencia señalada, manifestó:

“Una vez superado el examen de idoneidad, corresponde someter a la norma cuestionada al examen de necesidad, que implica la verificación de si la medida adoptada es la menos restrictiva para los derechos de las personas, sin perder su idoneidad. Una norma solamente podrá superar el examen de necesidad si se comprueba que no existe otra medida, que, siendo también idónea, sea menos lesiva para los derechos de las personas.”

Dicho de otra manera, una vez que se ha establecido que la medida asegura el fin constitucional, el siguiente paso es estudiar si la medida restrictiva de derechos es la menos lesiva o gravosa; es decir, corresponde identificar si existe otra alternativa que siendo idónea

con el fin constitucional, limite en menor medida el derecho restringido; si se verifica aquello, la medida aunque idónea, no cumplirá el parámetro de necesidad.

En este orden de ideas, del examen de la norma jurídica se evidencia que sin lugar a dudas la privación de la libertad es una consecuencia extremadamente alta; determinándose que existen otras medidas menores que pueden asegurar el cumplimiento de pensiones alimenticias. Por ejemplo, cuando el alimentante incurra en incumplimiento de su obligación por más de dos meses, pudiera convocarse a una audiencia con el fin de llegar a un acuerdo de pago, embargar el salario y los bienes del alimentante moroso, así como restringir su salida del país.

Por lo tanto, el apremio personal en materia de alimentos es *a priori* una medida que no cumple con el parámetro de necesidad, puesto que existen mecanismos que siendo igualmente idóneos, restringen de menor manera otros bienes constitucionales, como el derecho a la libertad de tránsito.

Sin embargo de lo dicho, en razón de que el artículo 66 numeral 29 literal c) de la Constitución de la República habilita a que se prive la libertad del alimentante moroso, pero al existir medidas idóneas y menos restrictivas que la detención, una interpretación integral y conforme con el principio de favorabilidad hacia el ejercicio de los derechos previsto en el artículo 11 numeral 5 de la Constitución, podría ser que la detención proceda como último recurso para asegurar la satisfacción de las pensiones alimenticias, es decir, una vez que el juez agote todos los mecanismos que no conllevan la privación de la libertad; con esto, dependiendo de las circunstancias, la detención sí podría ser considerada necesaria, resaltado en todos los casos su carácter extraordinario.

Entonces, únicamente si la privación de la libertad es considerada como una medida de último recurso para garantizar el cumplimiento de pensiones alimenticias, sí podría cumplir con el parámetro de necesidad; debiéndose examinar la proporcionalidad en sentido estricto, que para la Corte Constitucional, según la sentencia No. 003-14-SIN-CC, consiste en lo siguiente:

“Es evidente que toda medida legislativa que conlleva la imposición de una sanción implica una limitación de derechos al infractor, la cual solamente será inconstitucional si se evidencia que la limitación impuesta no es equivalente al riesgo de vulneración del derecho constitucional que la norma pretende garantizar.”

En este punto, cabe realizar una diferenciación en cuanto a las circunstancias que motivan el incumplimiento de las pensiones alimenticias; pues, es diferente que el obligado no satisfaga los alimentos porque no tiene la posibilidad económica a que por el contrario, no lo haga porque no tenga la voluntad.

Así, aplicar la medida de apremio a una persona sobre la cual se demuestre procesalmente que no tiene los medios suficientes y necesarios para hacerlo, lo que se logra es que ésta reduzca aún más sus posibilidades de contar con recursos económicos, ya que la detención impide la obtención de los mismos. En este sentido, la restricción al derecho a la libertad no se justifica, ya que al estar detenido tampoco puede satisfacer el derecho a las pensiones alimenticias adeudadas, con lo cual no hay equilibrio entre la restricción y la protección constitucional. Este fue el criterio del Tribunal Constitucional, que en la resolución No. 0147-2007-HC, determinó que:

“En suma, si el derecho de libertad se ve afectado en extremo, por un propósito imperioso como la garantía del derecho a la alimentación de los niños, que a la postre no se cumple en muchos casos, el sacrificio no estaría completamente justificado por lo menos en todas las circunstancias.”

Precisamente, existirán circunstancias en las cuales sí amerite aplicar una medida como la privación de la libertad, pues como se expresó en el análisis de la necesidad de la medida, en casos extraordinarios sí podría ser necesaria la detención del deudor con el fin de garantizar el cumplimiento de las pensiones alimenticias. Este es el caso en el que el obligado a cubrir alimentos, aun teniendo recursos económicos, no lo haga.

En aquella circunstancia, la detención del deudor no afectará su capacidad de reunir los medios económicos, sino que constituirá una forma de persuadirle a cumplir con su obligación. En este caso, la medida sí genera un equilibrio; pero para tal efecto se requiere que la actividad jurisdiccional evidencie inequívocamente en ambos casos si el obligado cuenta o no con recursos económicos y analice la medida más efectiva para cumplir con el fin constitucional.

Cabe precisar que la medida de apremio tiene previsión constitucional al permitirse la detención de los alimentantes morosos, con lo cual el constituyente sí consagró la posibilidad de que se restrinja la libertad, aunque no determinó los casos de su procedencia; por lo tanto,

para que esta medida sea proporcional y guarde armonía con el resto de bienes constitucionales en juego, se requiere que sea considerada como de último recurso, y aplicada una vez agotados todos los mecanismos menos lesivos con el derecho del obligado y dependiendo de las circunstancias que motivaron el incumplimiento. En este sentido, podemos encontrar que existe una clara violación al principio de mínima intervención penal, y al principio de legalidad del delito y de la pena, en razón de que se está imponiendo una pena frente a una situación que puede ser subsanada por medio de otras ramas del Derecho, sin que el Derecho Penal actúe. Si bien la medida de apremio personal por incumplimientos alimenticios no es considerada por la norma como una sanción penal, como se determinó con anterioridad, se está privando de libertad a una persona, limitado y reprimiendo su derecho fundamental de libertad de movilidad, lo cual se resume en el concepto básico de la pena.

En tal contexto, adquiere suma relevancia la labor jurisdiccional para verificar en cada caso la necesidad de determinar la privación de la libertad de una persona o no, siendo pertinente inicialmente analizar si el obligado cuenta o no con recursos económicos para que se dispongan medidas que coadyuven y faciliten el cumplimiento de las pensiones, pues en ocasiones la detención lejos de permitir la satisfacción del derecho de alimentos, lo que hace es impedir su cumplimiento. Esto se debe a que se ha verificado que la norma, al momento de ser aplicada, va dirigida específicamente sobre aquellas personas que no han podido pagar la pensión alimenticia por falta de capacidad económica, más no por falta de voluntad; resultando así, que la medida no sea proporcional al hecho cometido, y por ende, criminalizando la falta de recursos de una persona.

4.3. Necesidad de regulación en el ámbito penal e implementación de otras medidas alternas.

Como quedó anotado, la excepción a la prisión por deudas contemplada en el numeral 7) del artículo séptimo de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el literal c) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, está regulada

como una disposición que, únicamente habilita al legislador a sancionar con la privación de la libertad, en casos de incumplimientos alimenticios, más no está obligando al legislador a regular todo incumplimiento con dicha sanción. Por lo cual, la misma no debe ser interpretada de manera textual, sancionado todo incumplimiento alimenticio con la privación del moroso, ya que como es de nuestro conocimiento, la Constitución siempre debe ser interpretada de manera integral; con el fin de que las normas encargadas de desarrollar los principios constitucionales, regulen las situaciones previstas en dicha Norma Suprema, sin contraponer ningún principio constitucional.

En este sentido, es evidente que el legislador ha cometido un grave error al establecer la privación de la libertad de la persona, como una medida sancionatoria de carácter civil, y como consecuencia de todo incumplimiento alimenticio; teniendo la posibilidad de aplicar una medida menos lesiva, contemplada también en la Constitución de la República del Ecuador, específicamente en el artículo 328, que faculta el embargo del salario por motivos de pensiones alimenticias, y que además sí es de carácter civil. Así mismo, se ha demostrado a lo largo de este capítulo que no todo incumplimiento alimenticio debe ser sancionado con la privación del moroso, ya que, además de no cumplir con el objetivo principal de la norma, se criminaliza el hecho de no tener recursos, o en otras palabras, la pobreza.

Con esto, no se está afirmando que ninguna situación va a ameritar la privación de la libertad de la persona por haber incurrido en incumplimientos alimenticios, más bien, se quiere evidenciar que en el Ecuador, dicha situación se ha regulado de manera errónea, inobservando disposiciones y principios constitucionales.

Una de las posibles soluciones que pueden darse al problema detectado, es la previsión de otras alternativas dentro del juicio de alimentos. Como por ejemplo, si bien conocemos que el juicio de alimentos debe seguir el trámite sumario, con una única audiencia; en uno de los casos anteriormente analizados, el juez competente aceptó la petición del alimentante privado de la libertad, de realizar una audiencia entre las partes para llegar a un acuerdo de pago. En la audiencia efectuada, se realizó el pago de una parte de lo adeudado, y se acordó una fórmula de pago; evidenciando que, si previo a emitir la boleta de apremio, se habría llegado a un acuerdo de pago, no habría sido necesaria la detención del deudor. Por lo cual, cuando se

ponga en conocimiento del juez que el obligado ha incurrido en un incumplimiento por más de dos meses consecutivos, el mismo pudiera llamar a una audiencia a las partes procesales, con el fin de que se pacte una fórmula de pago.

En caso de que el deudor no quisiere proponer ninguna fórmula de pago, y continúe incumpliendo con el mismo, el juez pudiese prohibir la salida del país del deudor, aplicando el artículo innumerado 25 de la Ley Reformatoria del Código de la Niñez y Adolescencia, y subsidiariamente, ordenar el embargo de parte del salario de alimentante, por los meses que sean necesarios, hasta que se efectúe el pago total de lo adeudado, con vista a lo dispuesto en el artículo 328 de la Carta Magna.

Art. 328 .- La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos. (...) (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El hecho de que una norma constitucional habilite una alternativa para el cobro de las pensiones alimenticias, la cual no esté considerada como obligación sino meramente facultativo, llama la atención de sobre manera puesto que el objetivo siempre debe ser la satisfacción de las necesidades del niño, niña o adolescente, por medio del cumplimiento de la obligación alimenticia. Sin embargo, actualmente no está siquiera contemplado en la norma competente, siendo esta el Código de la Niñez y Adolescencia, como una alternativa de recaudación de las pensiones alimenticias; limitando su regulación a la medida de apremio personal, en caso de incumplimientos.

Así también, se pudiera aplicar las medidas cautelares reales, establecidas en el artículo innumerado 26 ibídem, como el de solicitar el embargo de los bienes pertenecientes al deudor, sean estos muebles, inmuebles o cuentas bancarias, dependiendo del valor adeudado. Para lo cual, es indispensable que la ley competente, en este caso el Código de la Niñez y Adolescencia, contemple dichas alternativas, en concordancia con las ya existentes, con el fin de que las mismas sean cumplidas por parte del juzgador, y así evitar la detención de aquellas personas que tengan la voluntad de pagar, pero no puedan realizar el pago total por falta de posibilidades económicas.

Es necesario tener en consideración lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 137 del Código General de Procesos, el cual regula la situación de los obligados subsidiarios; el juez

parte podrá ejecutar el pago en contra de los demás obligados. Como hemos dicho en varias ocasiones, el fin de la norma es lograr el cumplimiento de la obligación alimenticia, y así satisfacer las necesidades del niño, niña o adolescente, sin embargo, en caso de que se haya comprobado que el padre o madre alimentante no tenga la capacidad económica de efectuar el pago, el juez podrá ejecutar el pago contra de los obligados subsidiarios; siendo estos los hermanos mayores de 18 años, que estén cursando estudios superiores e impidan la posibilidad de tener recursos propios suficientes, o que no tengan la condición física o mental para poder obtener los medios básicos de subsistencia, los abuelos del alimentado, y finalmente los tíos del alimentado. Ésta alternativa, pudiera ser considerada cuando el juez ha intentado recaudar el valor adeudado al padre o madre alimentante, y se ha demostrado que no tiene la capacidad económica para efectuarlo.

Ahora bien, retomando lo antedicho en el test de proporcionalidad, respecto de aquellos deudores que, teniendo la posibilidad económica de efectuar el pago, incumplen con su obligación de manera voluntaria; en efecto, están vulnerando de manera dolosa el derecho del niño, niña o adolescente, de tener los medios necesarios para cumplir con sus necesidades básicas, y tener una vida digna.

Por lo que, al igual que en la legislación española, se debería tipificar dicho acto de omisión dolosa, por vulnerar el derecho subjetivo de desarrollo integral y vida digna del niño, teniendo como requisitos previos: 1. Que se haya reconocido la obligación por un Juez de Familia, Niñez y Adolescencia; 2. Que incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias; 3. Que se haya fallado la audiencia, y se hayan agotado todas las medidas cautelares reales; y, 4. Que el alimentante deudor, de manera voluntaria, se niegue a cumplir con su obligación alimenticia. En este contexto, podría concebirse a la vía civil anteriormente establecida, como un requisito de procedibilidad para dar inicio al proceso dentro de la vía penal.

Dicho esto, continuaremos con el desarrollo de la propuesta de tipo penal, para la cual es indispensable justificar la construcción del mismo.

En primer lugar, se debe determinar dentro de qué tipo de infracción penal encaja la conducta anteriormente establecida, teniendo en consideración que el Código Orgánico Integral Penal contempla, en su artículo 19, una clasificación *bipartita* de las infracciones penales; la

“contravención” y el “delito”. Dentro de las principales características otorgadas por la propia norma penal (artículo 19), que las diferencian entre sí podemos encontrar a la cuantía de la pena. En las contravenciones, la pena privativa de la libertad no debe superar los treinta días, ya que a partir del día treinta y uno, se considera como delito.

Teóricamente, la razón por la que existe una clasificación de infracciones penales, se da principalmente por la gravedad del hecho cometido, respecto del bien jurídico protegido. En este sentido, es necesario analizar la gravedad de la afectación producida al bien jurídico protegido vulnerado; elemento que deberá ser tomado en consideración para la creación de todo tipo penal. Inicialmente, hay que tener en consideración que para remitir el caso a Fiscalía e iniciar el proceso penal, deben producirse dos hechos importantes; la primera, es que el imputado haya superado un juicio de alimentos en el cual, el juez competente usó todos los medios previamente establecidos a fin de recaudar el valor adeudado, sin lograr el cumplimiento de la obligación, y posteriormente, que existan indicios de que el moroso ha omitido el pago de las pensiones alimenticias de manera voluntaria.

En este sentido, no podría adecuarse dicho ilícito dentro de una contravención, ya que la omisión del alimentante, vulnera de manera directa el bien jurídico protegido desarrollo integral y vida digna del niño; mismo que por su importancia se encuentra reconocido en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador,

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Ahora bien, una vez establecido el tipo de infracción penal que debe construirse, y el bien jurídico protegido que se vulnera, es necesario establecer el tipo de delito al cual pertenece. La doctrina tradicional ha sabido distinguir entre los delitos de acción, y los delitos de omisión; siendo ésta, una de las principales clasificaciones del delito. Como hemos dejado anotado con anterioridad, la conducta se configura el momento en el que el padre alimentante omite o dejar

de pagar la pensión alimenticia de manera voluntaria, otorgando así dos elementos importantes para la creación del tipo penal.

Según la autor Manuel Aráuz Ulloa, los delitos de omisión se dividen entre los de omisión propia o los de omisión impropia, también llamados delitos de comisión por omisión. En el caso de omisión propia, la configuración del delito se da siempre que se omita la realización de cierta acción, que debe estar establecida en la Ley como mandato; mientras que, para afirmar que existe una comisión por omisión, debe ser tomado en cuenta el sujeto que omitió la conducta obligatoria, la cual es tan grave que se configure un delito de comisión (Aráuz, 2000:34). En este sentido, todos los delitos de omisión propia se encuentran tipificados en la norma penal, mientras que los de omisión impropia son actos efectuados por un sujeto en particular llamado “garante”, el cual es tan grave que equivale al cometimiento de un delito de acción, y se juzga por ese delito. En el presente caso, por el simple hecho de proponer un tipo penal, es innegable que deba pertenecer a la clasificación de omisión propia, teniendo como sujeto activo calificado al padre o madre alimentante.

Una vez analizado la categoría dentro de la cual pertenece el tipo penal, el tipo del delito, y el bien jurídico protegido que se vulnera, es necesario mencionar el sujeto activo y pasivo del mentado delito; siendo los mismos de fácil deducción. El sujeto activo del delito de comisión por omisión, es el padre o madre cuya obligación alimentaria haya sido fijada por juez competente, y por ende, el sujeto pasivo son los hijos sobre los que se haya fijado dicha pensión alimenticia.

Finalmente, el único elemento pendiente de definir es el tiempo de la pena, que en el presente caso es la privación de la libertad. El artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal, precisa que siempre la finalidad de la pena debe ser *“la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima”* (COIP,2015), sin embargo, el presente caso la conducta no requiere una rehabilitación por parte del condenado, si no únicamente la reparación del derecho de la víctima, que en el presente caso es la vulneración al desarrollo integral vida digna del niño. Por lo cual, el tiempo establecido para el cometimiento de dicho

delito no debe ser mayor de 6 meses a 1 año, comprando con el resto de delitos existentes en el Código Orgánico Integral Penal.

En este sentido, contando con los elementos anteriormente establecidos, nos encontraríamos frente el siguiente tipo penal:

“ Omisión de asistencia familiar.- Aquel padre o madre alimentante que incumpla el pago de dos o más prestaciones alimenticias a favor de sus hijos, establecida mediante resolución judicial, o acuerdos conciliatorios, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos; y, agotadas todas las alternativas de cobro por el juez competente, será castigado con la pena de privación de la libertad de 3 meses a seis meses.

En caso de reincidencia, se privará de la libertad al alimentante deudor, por un tiempo de 8 meses.”

CONCLUSIONES

- Uno de los derechos fundamentales reconocido por el Derecho de Niñez y Adolescencia es el derecho de alimentos, el cual significa que todas las necesidades fisiológicas primarias y secundarias de los niños, niñas y adolescentes, es decir, alimentos diarios, habitación, educación, salud, vestimenta, y recreación, deban ser garantizadas por sus progenitores. Debido a su importancia, dicho derecho se encuentra protegido y reconocido tanto por las normas internacionales, como por las nacionales, a fin de que todos los niños, niñas y adolescentes puedan gozar de una vida digna, y tener un correcto desarrollo integral.
- Como es de nuestro conocimiento, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar el cumplimiento de este derecho, por lo que ha regulado ciertas situaciones en las que contrapone con otros derechos, prevaleciendo siempre el interés superior del niño. En este sentido, se han creado normas que regulan la forma en la cual deba ser garantizado el cumplimiento del derecho de alimentos del niño, imponiendo una obligación al padre/madre alimentante de aportar con una pensión mensual que permitan satisfacer sus necesidades básicas, y además le permitan al obligado contar con los medios necesarios para su subsistencia. Así también, con el objeto de garantizar de mayor medida el cumplimiento de dicha obligación, se ha previsto por la propia legislación una consecuencia derivada de su incumplimiento; la privación de la libertad del obligado. Ésta, es una forma mediante la cual se puede evidenciar la concretización o materialización del principio de interés superior del niño, debido a que, el derecho de alimentos no solo va destinado hacia los niños, niñas y adolescentes, también la legislación prevé en ciertas ocasiones la prestación de alimentos en el caso de los padres o del cónyuge, sin embargo, no se sanciona su incumplimiento con la privación de la libertad del obligado, ya que no existe una situación de vulnerabilidad, como en el caso de los niños, niñas y adolescentes, que, debido al principio del interés

superior del niño, le permite al Estado a sancionar su incumplimiento, privando al moroso de uno de sus derechos fundamentales más importantes; la libertad de movilidad.

- El artículo 7 de la Convención Americana de Derecho Humanos, prohíbe la privación de la libertad por deudas, excepto en el caso de alimentos. Dicha excepción, ha sido regulada por el artículo 29 de la Constitución de la República del Ecuador, misma que se encuentra ampliada por el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos. La referida norma legal, contempla la privación de la libertad, como una medida sancionatoria de carácter civil, ya que determina que en caso de que exista incumplimiento alimenticio por dos meses consecutivos, se podrá solicitar la medida de apremio personal al juez competente; misma que tendrá una duración de 30 días, 60 días, y hasta 180 días, en caso de ser reincidente.
- Como la medida de apremio personal prevé la privación de la libertad del alimentante como consecuencia de su incumplimiento, es necesario analizar dicha medida desde el punto de vista del Derecho Penal, y sus principios. El principio de mínima intervención penal, propone que el campo de acción del Derecho Penal, debe ser condicionado a aquellos actos o comportamientos, que sean considerados como más lesivos para la sociedad. El Derecho Penal Mínimo, parte de la necesidad de limitar la intervención de la ley penal, respecto de los actos que no puedan ser subsanados por otras ramas del Derecho, o que las mismas sean consideradas insuficientes. Dicho principio, al encontrarse actualmente contemplado en el artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador, debe ser aplicado y respetado por todas las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico del Ecuador; mismas que deben guardar armonía con todos los otros principios reconocidos constitucionalmente. Al igual que éste, el interés superior del niño, es otro postulado de obligatorio cumplimiento para la legislación ecuatoriana; mismo que garantiza que el niño, niña y adolescente pueda reclamar sus derechos, y satisfacer sus necesidades, en razón de su situación de vulnerabilidad.

- Teniendo en consideración que el principio de mínima intervención penal, reconoce como “limitación” a la privación de la libertad de la persona únicamente sobre aquellos actos tan graves que así lo requiera, es decir, los delitos; se ha demostrado como una violación a dicha limitación es el poder punitivo latente. Dicha institución, es considerada como aquella acción coercitiva del Estado, disfrazada u oculta en otras instituciones pertenecientes a otras ramas del Derecho, que constituye una forma de vulnerar el principio de mínima intervención penal. En este sentido, durante el desarrollo de la presente disertación se ha buscado todos los elementos que evidencien o desvirtúen la afirmación que “la medida de apremio personal es una forma de ejercer el poder punitivo latente”; misma que ha sido demostrada a cabalidad, principalmente por ser una medida que priva de la libertad de una persona, es decir, limita uno de los derechos fundamentales del hombre, contemplada en Código de la Niñez y Adolescencia, y no en el cuerpo normativo competente para hacerlo, Código Orgánico Integral Penal.

- La norma legal, tanto internacional como ecuatoriana, referente a la excepción de la privación de la libertad como consecuencia de los incumplimientos alimenticios, no está considerada como mandato de obligatorio cumplimiento, ya que únicamente habilita la posibilidad de que, el legislador en los casos que considere necesario, sancione con prisión dicho cumplimiento. En este sentido, al momento de considerar dicha norma, el legislador debe tener en consideración todos los principios constitucionales, ya que la legislación siempre debe guardar armonía con la Carta Magna; misma que debe ser interpretada de manera sistemática. En este sentido, el legislador consideró legislar y sancionar el incumplimiento de pensiones alimenticias de la manera que lo faculta la propia Constitución, sin embargo, no se percató en observar el resto de principios constitucionales recogidos por la Carta Magna, vulnerando el principio de mínima intervención penal y concretando una forma de ejercicio del poder punitivo latente; conclusión a la que se llevó mediante el análisis de los fallos de primera instancia, y las resoluciones del Tribunal Constitucional del Ecuador.

- De los juicios de alimentos analizados, dentro de los cuales se ha dispuesto boleta de apremio personal, se pudo determinar que cerca del 85% de los alimentantes privados de la libertad, contaban con un salario mensual menor o igual al salario básico unificado. Dicho porcentaje indica que la mayoría de personas, respecto de las cuales la norma es aplicada, pertenecen a una clase social baja, o cuentan con escasos recursos; quienes incumplen dicha obligación, por no tener capacidad económica de hacerlo, más no por omitir de manera voluntaria el pago de las pensiones alimenticias. Por lo cual, la errónea regulación de dicha situación ha llevado a que se criminalice una situación económica, más que una conducta reprochable.
- En las resoluciones analizadas del Tribunal Constitucional del Ecuador se evidencia el criterio de los jueces ponentes respecto de la medida de apremio personal por incumplimiento de medidas alimenticias, el cual comparto parcialmente, ya que se analiza el motivo por el cual no debe existir una “prisión indefinida” respecto de incumplimiento de obligaciones alimenticias. No obstante, dejan de lado un análisis sustancial respecto de la naturaleza jurídica de dicha medida, la cual es considerada como una “medida de presión y fuerza que obliga al pago de las obligaciones”, sin considerar que encaja perfectamente en el concepto del poder punitivo latente; institución propia del derecho penal. En este sentido, la norma constitucional que habilita o faculta a la legislación a imponer la privación de la libertad como consecuencia del incumplimiento de pensiones alimenticias cumple un fin totalmente legítimo, que es asegurar el medio económico para garantizar el cumplimiento de las necesidades del niño, niña y adolescente, sin embargo dicha norma debe ser correctamente interpretada, considerando el resto de principios constitucionales.
- Una vez evidenciada la falencia de la norma que regula el apremio personal por incumplimiento de pensiones alimenticias, se realizó un test de proporcionalidad, con el objeto de determinar los casos en los cuales se puede privar de la libertad del alimentante sin que conlleve la vulneración del principio de mínima intervención penal. Para lo cual, se analizaron dos situaciones concretas; la primera, la considerada actualmente por el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, y la

segunda, en el caso de que el alimentante, de manera voluntaria no quiera realizar el pago de las pensiones alimenticias, teniendo la posibilidad de hacerlo. Se pudo concluir, que respecto de la primera situación, en donde todos los incumplimientos alimenticios tienen como consecuencia la privación de la libertad, no es proporcional el hecho con la medida indicada; puesto que, existen otras medidas alternativas que pueden ser consideradas, antes de la prisión del alimentante moroso. Como recordaremos, en el test previamente realizado, dicha medida no es necesaria en relación a todos los incumplimientos alimenticios que se hayan dado por más de dos meses, en razón de que el legislador lo que busca es el pago de las pensiones, más no el castigo de la persona. Por lo cual, se podrían prever otras alternativas de carácter civil, para recaudar lo adeudado por los deudores, como el embargo del salario, que está considerado por la propia Carta Magna. No obstante, en caso de que se hayan agotado todas las alternativas de índole civil, y el alimentante no quiera realizar el pago de manera voluntaria, se estaría vulnerando el bien jurídico protegido familia, o el interés superior del niño. En este caso, la persona si puede realizar el pago, pero no quiere hacerlo, lo cual significaría que de manera dolosa está incumpliendo con su obligación; cuya consecuencia jurídica recaería en la privación de su libertad, medida que sí sería idónea, necesaria y proporcional, al acto cometido.

RECOMENDACIONES

Basándonos a las conclusiones llegadas en la presente disertación, se pueden determinar las siguientes recomendaciones.

Debido al error cometido respecto de la regulación del incumplimiento de las pensiones alimenticias, es necesario que se reforme el artículo 137 del Código General de Procesos: eliminando la medida de apremio personal, e implementando otras medidas alternativas, mismas que fueron consideradas y analizadas durante el desarrollo de la presente investigación. Dentro de estas, se puede considerar que el juez llame a audiencia, en caso de que la persona demandante comunique que ha existido un incumplimiento por más de dos meses; diligencia en la cual, se podrá llegar a un acuerdo de pago, por las por partes procesales. Posteriormente, en caso de que no se haya llegado a ningún acuerdo, se podrá solicitar el embargo de parte del salario del alimentante moroso; medida que es totalmente constitucional, y se encuentra prevista en el artículo 328 de la Constitución de la República del Ecuador. Finalmente, en caso de que ninguna de esas medidas previas haya solucionado el problema, el juez podrá embargar los bienes inmuebles, y muebles del deudor.

En caso de que se compruebe que el padre o madre alimentante no pueda responder económicamente ni cumplir con la obligación alimentaria, el juez podrá ejecutar el pago a los obligados subsidiarios; teniendo en consideración la situación económica del mismo.

Se recomienda la tipificación de la omisión del pago alimenticio dentro del cuerpo normativo competente, en los casos dentro de los cuales el padre o madre alimentante no realicen el pago de manera voluntaria, teniendo la capacidad económica para hacerlo; ya que ese hecho, es el que vulnera el bien jurídico protegido “interés superior del niño”. En este sentido, cuando exista un indicio de que el moroso ha omitido de manera voluntaria el pago, el juez parte deberá remitir el caso a la Fiscalía con el fin de que inicien un proceso.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BACIGALUPO, E., (1999), *Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires- Argentina: Editorial Hammurabi, Segunda Edición.
- BARATTA, A., (2004), *Criminología y Sistema Penal*, Buenos Aires- Argentina: Editorial B de F-
- BERNAL PULIDO, C., (2005) *El Derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- BINDER, A. (2004), *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires- Argentina: , Ed. Ad Hoc.
- CABANELLAS DE LA TORRE, G. (1981), *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires- Argentina: Ed. Heliasta.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (2005), *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá- Colombia: Editorial Temis S.A
- CABANELLAS DE LA TORRE, G. (1993), *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Eliasta S.R.L.
- CABRERA VÉLEZ, J., (2007), *Alimentos, Legislación, Doctrina y Práctica*, Quito. Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- CABRERA VÉLEZ, J., (2010), *Interés Superior del Niño; el Adendum a los libros escritos sobre el Derecho de Menores*, Quito- Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- CILLERO BRUÑOL, M. (2010), El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, En Ávila Santamaría, Ramiro, ed.; *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, (pp. 85-108), Quito- Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos

Humanos, UNICEF, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

VILLAGRASA ALCAIDE , Carlos (2011), El Interés Superior del Menor, En *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho*, (pp. 25- 55), Barcelona-España: Bosch.

JAKOBS, G., (2010), *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid- España: Editorial Marcial Pons S.A.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., (2002), *Introducción al Derecho Penal*, México: Ed. Jurídica Universitaria.

MIR PUIG, S., (2006), *La función de la pena y la teoría del delito en el Estado social democrático de derecho*, España: Ed. Bosch, Segunda Edición.

MIR PUIG, S. (2006), *Estado, Pena y Delito*, Buenos Aires- Argentina: Ed. Julio César Fraira.

MIR PUIG, S., (2011), *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, Madrid- España: Ed. Iustel.

MUÑOZ CONDE, F., (2004) *Derecho Penal, Parte general*, Valencia- España: Ed. Tirant lo Blanch, Sexta Edición.

LÓPEZ DÍAS, C., (2005), *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Famili*, Santiago de Chile- Chile: Librotécnia.

RECALDE DE LA ROSA, C. (2012), *Dilemas y Tensiones del nuevo procedimiento de alimentos contemplado en el Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano*, (Tesis de post- grado), Universidad Andina Simón Bolívar, Quito- Ecuador.

ROXÍN, C., (1997) *Derecho Penal.,Parte General, Tomo 1*, España: Ed. Civitas, Segunda Edición.

- SAINZ CANTERO, J., (1982), *“Lecciones de Derecho Penal”*: Barcelona- España: Bosch.
- SIMON CAMPAÑA, F. (2013), *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. (Tesis Doctoral), Universidad de Salamanca, Salamanca-Ecuador.
- SIMON CAMPAÑA, F. (2008), *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- SIMON CAMPAÑA, F. (2009), *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales, Tomo II*, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- PÁSARA L., y ALBUJA Ponce R., (2010), La pensión de alimentos en las resoluciones judiciales ecuatorianas, en Ávila Santamaría R., y Corredores Ledesma M., ed.; *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación del a doctrina de protección integral*, (pp. 659-684), Quito. Ecuador:Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNICEF, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- PÉREZ LEGÓN, D., (2007), *Las teorías sobre la pena (Pena de muerte y privación de la libertad)*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. IUS N°119.
- ZAFFARONI, E., (2011), *Estructura básica del Derecho Penal*, Buenos Aires- Argentina: Ed. Ediar, 2011.
- ZAFFARONI, E. (2006), *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Argentina: Ed. Ediar, Segunda Edición, Argentina.

Cuerpos Normativos

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicado en el Registro Oficial N° 449, de 08 de octubre de 2008.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. (artículo 3, párrafo 1)

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ley 100, publicado en el Registro Oficial N° 737, el 03 de enero de 2003.

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado en el R.O. 995, de 07 de agosto de 1992.

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, publicado en el Registro Oficial N° 506, de 22 de mayo de 2015.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Especializada Internacional sobre Derechos Humanos (B-32), San José- Costa Rica, 1969.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, documento declarativo adoptado por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 – París.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, documento declarativo aprobado en la IX Conferencia Internacional Americana – 1948.

Fallos Jurisprudenciales

Corte Nacional del Ecuador, Sala Especializada de la Familia Niñez y Adolescencia (16 de noviembre de 2012), Resolución N° 346-2012 [JP. Dra. Rocío Salgado Carpio]

Tribunal Supremo (STS), Sala de lo Penal, Sección 1ª, número 185 de fecha 13 de febrero de 2001.

Tribunal Constitucional, (14 de agosto de 2008), Resolución No. 0147-2007-H [JP. Dr. Patricio Pazmiño Freire]

Tribunal Constitucional de Ecuador, (26 de enero de 2006) Primera Sala, Caso N 0086-2006-HC.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 048-13-SCN-CC, Caso N° 0179-12-CN- y acumulados, 04 de septiembre de 20163.

Corte Constitucional del Ecuador, Caso 0052-16-IC.

Páginas Web/ Artículos en Internet

ARÁUZ ULLOA, Manuel, 2000, “ La omisión, la comisión por omisión, y posición del garante.”, Revista Estudios Centroamericanos, El Salvador, Recuperado de: <http://www.uca.edu.ni/2/images/Revista-Encuentro/Revistas/e54/art-4.pdf>.

BURBANO, HAROLD, S.F., “La privación de libertad en instituciones no penitenciarias: una mirada desde las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.”, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, “INREDH”, Ecuador, Recuperado de: http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&id=574:hospitales-prisiones&Itemid=49#sdfootnote19sym.

RUIZ PÉREZ, Martha Adelceina, “El delito de omisión a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula.” [En línea]. S/F. Recuperado de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/39f6de8046d4713da1aea144013c2be7/delito_omision_asistencia_familiar+C+4.+10.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=39f6de8046d4713da1aea144013c2be7.

(02-12-2016), “Corte Constitucional decidirá si se elimina prisión en caso de apremio por alimentos.” Ecuadorinmediato, Recuperado de: http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=281881221

Conferencias

- Correa Delgado, Rafael Vicente, (2016), ENLACE CIUDADANO 458, Milchinguí.

ANEXOS

DEMANDAS DE ALIMENTOS DENTRO DE LOS CUALES SE HA DICTADO APREMIO PERSONAL

- JUICIOS DE ALIMENTOS- UNIDAD ESPECIALIZADA CUARTA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

- 1.- 17962-2011-1589 / Litigante: NAVAS GONZALEZ NORMA MARIA
- 2.- 17204-2014-3477/ Litigante: VILLACÍS RAMÍREZ INÉS DEL CARMEN
- 3.- 17960-2013-1548 / Litigante: DR. TITO MORENO RIVERA, PROCURADOR JUDICIAL DE CARMEN RIVERA GUERRERO
- 4.- .17960-2013-1548 / Litigante: LUZ GUERRERO MONTENEGRO
- 5.- 17960-2013-1548 / Litigante: RIVERA GUERRERO LOURDES DEL CARMEN, ALEXIS SEBASTIAN VILLASEÑOR
- 6.- 17959-2009-1377B / Litigante: CARRERA MONAR ANA PIEDAD
- 7.- 17959-2011-1555 / Litigante: ESPINOSA RODRIGUEZ NANCY JULIANA
- 8.- 17959-2004-1005/ Litigante: CACHAGO PILCA VERONICA ESPERANZA
- 9.- 17959-2010-1395 / Litigante: CACUANGO ACHINA LUZMILA DE JESUS, CHANGO CACUANGO KELLY
- 10- 17962-2012-1157 / LIBERTAD/ Litigante: IZURIETA SANCHEZ PATRICIA GUADALUPE
- 11.- 17962-2012-1157/ LIBERTAD/ Litigante: BARBA QUELAL ALEXANDER DAVID
- 12.- 17204-2015-08487 / LIBERTAD/ Litigante: MONICA ALEXANDRA MENENDEZ BARREIRO
- 13.- 17204-2015-08487 / LIBERTAD / Litigante: LUIS MIGUEL MICHUY SARABIA
- 14.- 17959-2006-0949A / Litigante: CHUQUIMARCA CANENCIA MARIA CARMEN, MANOTO CHUQUIMARCA JESSENIA JACQUELINE
- 15.- 17958-2012-0169/ LIBERTAD/ Litigante: CHUNATA CHUNATA ROSA ELVIRA

- 16.- 17958-2012-0169 / LIBERTAD/ Litigante: CHICAIZA HERRERA CARLOS ANIBAL
- 17.- 17204-2015-1281 / Litigante: LOOR CANTUÑA EVELYN SELENA
- 18.- 17958-2007-0494 / Litigante: VILAÑA NEJER ANA LUCIA
- 19.- 17204-2015-03996 / MANDAMIENTO DE EJECUCION/ Litigante: CAIZA CHISAGUANO MARTHA CECILIA
- 20.- 17956-2010-0443/ LIBERTAD/ Litigante: LLIVICHUSCA SIGUENCIA MARITSA UBALDINA
- 21.-17961-2011-0524 / Litigante: OCHOA PAUCAR DIANA MARIBEL
- 22.- 17961-2009-1392A / Litigante: ZAMBRANO COX GLADYS ELIZABETH
- 23.- 17961-2009-1392A / Litigante: VELTRAN CANCHINGRE DEONYS REDIMIRO
- 24.- 17961-2010-0734 / Litigante: GOMEZ FLORES MONICA PATRICIA
- 25.- 17961-2010-0734 / Litigante: PERUGACHI PANAMA JOSE MIGUEL
- 26.- 17956-2009-0094 / Litigante: LASLUISA GUAMAN YOLITA CLEMENCIA
- 27.- 17956-2010-0448 / Litigante: ORQUERA PAZMIÑO NOEMI ESTHELA
- 28.- 17956-2011-1446 / Litigante: CALUPIÑA PALLO BEATRIZ ELIZABETH
- 29.-17956-2007-1528 / Litigante: PROAÑO CHAVEZ JENNY EDITH
- 30.- 17958-2012-0962 /LIBERTAD/ Litigante: TIGASI TOAPANTA MARIA MARISOL
- 31.- 17958-2013-0978/ LIBERTAD / Litigante: MORENO GAVILANES GINA PATRICIA

- HABEAS CORPUS/ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

- 1.- Accionante: Ramiro Salas Jácome / No. 2006-286/ Juez Adjunto Décimo Primero de la Niñez y Adolescencia de Pichincha
- 2.- Luis Enrique Vásquez Navas/ Nº 157A-2009JG / Juez Octavo de la Niñez y Adolescencia de Pichincha
- 3.- Segundo Homero Osejos Arauz/ Nº 0802-2009 / Juez Primero de la Niñez y Adolescencia de Pichincha,
- 4.- Wilmer Omar Quilca Tacuri / Nº 2005-1099ª/ Juez Noveno de la Niñez y Adolescencia de Pichincha
- 5.- Segundo Manuel Sagñay Pilco/ Juez Tercero de la Niñez y Adolescencia del cantón Quito
- 6.- Luis Alfredo Imbaquingo Pulamarín/ Juez Décimo Cuarto de lo Civil y Mercantil de Pichincha

- **UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN LA
PARROQUIA CARCELÉN DEL D.M.Q. DE PICHINCHA**

- 1.- 17983-2014-0175 / Litigante: GUEVARA MANTILLA ANA GABRIELA
- 2.- 17983-2016-00182 / Litigante: CADENA CRUZ GEOMARY JULEXI
- 3.- 17983-2012-0691 / Litigante: CALLE GALLARDO DIANA CAROLINA
- 4.- 17983-2012-0892 / Litigante: ALMEIDA PROAÑO SAMMY SHANTAL
- 5.- 17983-2015-00891 / Litigante: BRIONES CARRANZA YIRILIN KRISBEL
- 6.- 17983-2014-1081 / Litigante: JAMI CAIZA MONICA SOLEDAD
- 7.- 17983-2011-0421 / Litigante: SALAZAR ORTIZ MARÍA FERNANDA
- 8.- 17983-2014-0092 / Litigante: PADILLA MENDOZA ERIKA RAMONA
- 9.- 17983-2012-0182 / Litigante: KARAKRAS WATINK GLORIA MERCEDES
- 10.- 17983-2015-00931 / Litigante: SARANSIG SARANSIG CAROLINA STEFANIA
- 11.- 17983-2015-01443 / Litigante: ANANGONO OGONAGA LIZBETH MARICELA
- 12.- 17983-2013-0282 / Litigante: CHOLO SANCHEZ GUADALUPE DEL ROCIO
- 13.- 17983-2011-0523 / Litigante: CATUJAMBA CASTRO MÓNICA PATRICIA
- 14.- 17983-2016-00492 / Litigante: SANCHEZ MONTENEGRO ANGELITA DEL ROCIO
- 15.- 17983-2016-00551 / Litigante: OÑA SIMBAÑA MIRIAM DEL CARMEN

- **UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL
CANTÓN SANTA ELENA**

- 1.- 24201-2016-01074 / Litigante: POZO BORBOR JOMAIRA LISSETT
- 2.- 24201-2016-01396 / Litigante: PILOZO LUCAS MIRIAM MONSERRATE

- 3.- 24201-2016-01509 / Litigante: CASTRO RODRIGUEZ GLADYS MARIUXI
- 4.- 24201-2016-01512 / Litigante: ALCIVAR MORALES EVELYN DAYANA
- 5.- 24201-2016-01569 / Litigante: ROCA MENDOZA ARACELY MISHELL
- 6.- 24201-2015-0064 / Litigante: KAREM ELIZABETH FIGUEROA MITE
- 7.- 24201-2013-13035 / Litigante: GARCIA YAGUAL MONICA ALEXANDRA
- 8.- 24201-2016-01502 / Litigante: GARCIA YAGUAL MONICA ALEXANDRA
- 9.- 24201-2013-08364 / Litigante: PIN SANCHEZ YILDA GRACIELA
- 10.- 24201-2015-01694 / Litigante: SUAREZ QUIRUMBAY SANDRA ROCIO
- 11.- 24201-2013-07024 / Litigante: VELEZ REYES GISELLA KATHERINE
- 12.- 24201-2013-05717 / Litigante: FIGUEROA POZO CATALINA ELIZABETH
- 13.- 24201-2016-00811 / Litigante: FIGUEROA PLUAS SILVIA CONSUELO
- 14.- 24201-2013-08310 / Litigante: MUÑOZ VERA MARIUXI GISELA
- 15.- 24201-2013-05401 / Litigante: CRUZ ARGOS IVONNE GABRIELA
- 16.- 24201-2013-11849 / Litigante: PARRALES BERNABE ZULLY CECIBEL
- 17.- 24201-2013-11631 / Litigante: LEMA CEFLA ANA BEATRIZ
- 18.- 24201-2013-04334 / Litigante: RODRIGUEZ GONZALEZ JOHANNA KARINA
- 19.- 24201-2015-01274 / Litigante: MIRABA BORBOR GENESIS IVONNE
- 20.- 24201-2014-01325 / Litigante: HERRERA MUÑOZ BEATRIZ VERONICA
- 21.- 24201-2013-03763 / Litigante: EDINA ORRALA ELVIRA LORENA
- 22.- 24201-2016-00984 / Litigante: MEDINA GONZALEZ MARJORIE ELIZABETH
- 23.- 24201-2016-01065 / Litigante: CABRERA GUALE LETTY AGRIPINA
- 24.- 24201-2016-01318 / Litigante: LOPEZ DOMINGUEZ JENNY ESTEFANIA
- 25.- 24201-2016-01006 / Litigante: HERMENEGILDO BORBOR MARIA DE LOURDES
- 26.- 24201-2016-00778 / Litigante: DOMINGUEZ QUIMI JOSELYN ELVA
- 27.- 24201-2016-00425 / Litigante: DE LA CRUZ MATIAS MABEL ESTEFANIA
- 28.- 24201-2016-00429 / Litigante: MORALES RAMIREZ MARIA ISABEL
- 29.- 24201-2016-00357 / Litigante: REYES DE LA ROSA DALINDA GISELLA
- 30.- 24201-2016-00424 / Litigante: SUAREZ AQUINO YSIS MARGOT
- 31.- 24201-2016-00865 / Litigante: MOSQUERA CARRION EVELYN KARINA

RESULTADOS OBTENIDOS

N° DE CAUSA	PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA	REINCIDENCIA
17962-2011-1589	USD \$ 111,00	SI
17204-2014-3477	USD \$ 158,00	NO
17960-2013-1548	USD \$ 100,00	NO
17959-2009-1377B	USD \$ 113,79	NO
17959-2011-1555	USD \$ 40,00	SI
17959-2004-1005	USD \$ 2 250, 00	NO
17959-2010-1395	USD \$ 160,00	NO
17962-2012-1157	USD \$ 60, 00	NO
17204-2015-08487	USD \$ 75, 00	NO
17959-2006-0949A	USD \$ 80, 00	NO
17958-2012-0169	USD \$ 50, 00	NO
17204-2015-1281	USD \$ 97,00	NO
17958-2007-0494	USD \$ 100,00	NO
17204-2015-03996	USD \$ 110,00	NO
17956-2010-0443	USD \$ 95,21	NO
17961-2011-0524	USD \$ 60,00	NO
17961-2009-1392A	USD \$ 130,92	NO
17961-2010-0734	USD \$ 90, 06	NO
17956-2009-0094	USD \$ 79,85	NO
17956-2010-0448	USD \$ 300,00	NO
17956-2011-1446	USD \$ 70, 00	NO
17956-2007-1528	USD \$ 120,00	NO
17958-2012-0962	USD \$ 100,00	NO
17958-2013-0978	USD \$ 70, 00	SI
17983-2014-0175	USD \$ 120,00	NO
17983-2016-00182	USD \$ 102, 92	NO
17983-2012-0691	USD \$ 80, 00	SI
17983-2012-0892	USD \$ 330,00	SI
17983-2015-00891	USD \$ 101,00	NO
17983-2014-1081	USD \$ 180,00	NO
17983-2011-0421	USD \$ 200, 00	NO
17983-2014-0092	USD \$ 225,00	SI
17983-2012-0182	USD \$ 129,04	SI
17983-2015-00931	USD \$ 92,00	SI
17983-2015-01443	USD \$ 92,00	NO

17983-2013-0282	USD \$ 107, 93	NO
17983-2011-0523	USD \$ 172, 45	NO
17983-2016-00492	USD \$ 107, 92	NO
17983-2016-00551	USD \$ 92,00	NO
24201-2016-01074	USD \$ 110,00	NO
24201-2016-01396	USD \$ 157, 85	NO
24201-2016-01509	USD \$ 107,93	NO
24201-2016-01512	USD \$ 110,00	SI
24201-2016-01569	USD \$ 102, 92	NO
24201-2015-00645	USD \$ 358,10	SI
24201-2013-13035	USD \$ 92,00	SI
24201-2016-01502	USD \$ 107,93	SI
24201-2013-08364	USD \$ 100,00	NO
24201-2015-01694	USD \$ 101,00	NO
24201-2013-07024	USD \$ 107,93	NO
24201-2013-05717	USD \$ 220,00	NO
24201-2016-00811	USD \$ 160,00	NO
24201-2013-08310	USD \$ 107,93	NO
24201-2013-05401	USD \$ 107,93	NO
24201-2013-11849	USD \$ 157,00	SI
24201-2013-11631	USD \$ 107,93	SI
24201-2013-04334	USD \$ 101,00	NO
24201-2015-01274	USD \$ 96,29	NO
24201-2014-01325	USD \$ 107,93	SI
24201-2013-03763	USD \$ 107,93	SI
24201-2016-00984	USD \$ 102, 92	NO
24201-2016-01065	USD \$ 107,93	NO
24201-2016-01318	USD \$ 198,48	NO
24201-2016-01006	USD \$ 198,48	NO
24201-2016-00778	USD \$ 108,00	NO
24201-2016-00425	USD \$ 136, 20	SI
24201-2016-00429	USD \$ 107,93	SI
24201-2016-00357	USD \$ 198,48	NO
24201-2016-00424	USD \$ 107,93	NO
24201-2016-00865	USD \$ 102,92	SI

CAUSA N°

17962-2011-1589

SEGUIDA POR:

Norma María Navas González

(En representación de sus hijas Gissela Verónica Mancheno
Navas, y Jessica María Mancheno Navas)

EN CONTRA DE:

Luis Alejandro Córdova Mancheno

UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA CUARTA DE LA FAMILIA, MUJER,
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL DISTRITO
METROPOLITANO DE QUITO DE LA PROVINCIA DE PICHINCHA

BOLETA DE APREMIO PERSONAL

Quito, 20 de Noviembre del 2014
Oficio No. 1810-2014- UJECFMNAQ-MCB

Señor:
JEFE DE LA POLICIA JUDICIAL DE PICHINCHA
Presente.

Por el Juicio de ALIMENTOS No. 17962-2011 1589-MCBII, que sigue NAVAS
GONZALEZ NORMA MARIA en contra de MANCHENO CORDOVA LUIS
ALEJANDRO, hay lo siguiente:

JUEZ PONENTE: DR. FABIAN ESPINOSA FREIRE, JUEZ
UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA CUARTA DE LA FAMILIA, MUJER,
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL DISTRITO
METROPOLITANO DE QUITO, DE LA PROVINCIA DE PICHINCHA DE
PICHINCHA. Quito, jueves 20 de noviembre del 2014, las 11h31. VISTOS:
Agréguese a los autos el escrito presentado.- De la certificación conferida por la Oficina
de Recaudaciones asignada a esta Unidad Judicial, se desprende que pese al
requerimiento formulado en providencia anterior, el demandado LUIS ALEJANDRO
MANCHENO CORDOVA, no ha cancelado la cantidad de DOS MIL DUCIENTOS
VIENTE Y UN DOLARES CON DOCE CENTAVOS (2.221,12), de conformidad con
lo dispuesto en el Art. 22 de la Ley Reformatoria al Título V libro II del Código de la
Niñez y Adolescencia, se ordena el APREMIO PERSONAL del señor LUIS
ALEJANDRO MANCHENO CORDOVA, portador de la Cédula de Ciudadanía No.
1710844463, hasta por treinta días, para lo cual remítase el oficio correspondiente a la
Policia Nacional.- Sin perjuicio de que se ordene la inmediata libertad una vez que
cancela las prestaciones alimenticias adeudadas.- Por intermedio de secretaria, hágase
conocer al Consejo de la Judicatura conforme lo prescribe el Art. innumerao 20 de la
Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, a fin de que se incorpore al
señor LUIS ALEJANDRO MANCHENO CORDOVA, portador de la Cédula de
Ciudadanía No. 1710844463, de sexo masculino, de nacionalidad Ecuatoriana, en el
listado de condones del sistema de Registro o Central de Riesgos.- Se deja sin efecto el
auto de fecha 8 de noviembre del 2012 y 18 DE JUNIO DEL 2014.- Cúmplase y
Notifíquese. O.- DR. FABIAN ESPINOSA FREIRE, JUEZ.

La que comunico a usted para los fines de ley.

Dr. Fabian Espinosa Freire
JUEZ

Dr. Rodolfo Viquez Viquez
SECRETARIO E

PROVINCIAL - PICHINCHA
CEN 18-11 y 18-11-11, oficina Pichincha, 11 p.m. 01/11

11/11/2014

Juicio No: 17203-2015-08923

Casilla No: 3504

Quito, viernes 26 de junio del 2015

A: MANCHENO CORDOVA LUIS ALEJANDRO

Dr./Ab.: MAURICIO RAMIRO FIGUEROA GUEVARA

En el Juicio No. 17203-2015-08923 que sigue MANCHENO CORDOVA LUIS ALEJANDRO en contra de ESPINOSA FREIRE FABIAN, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA CUARTA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE CANTÓN QUITO, hay lo siguiente:

JUEZ PONENTE: DRA. MARTHA CECILIA VIMOS VIMOS, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA TERCERA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN QUITO DE LA PROVINCIA DE PICHINCHA DE PICHINCHA.- Quito, viernes 26 de junio del 2015, las 11h02.- VISTOS: En el libelo de la demanda de Garantía Constitucional de Habeas Corpus comparece el señor LUIS ALEJANDRO MANCHENO CORDOVA y manifiesta: "Que se encuentra privado de su libertad desde el 18 de mayo del 2015, es decir que a la fecha se encuentra ilegal y arbitrariamente detenido por más del tiempo establecido en la ley.- Que la Boleta de Apremio girada en su contra por el Dr. Fabián Espinosa, Juez de la Unidad Judicial Especializada Cuarta de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia dentro del juicio de alimentos N. 2011-1589, se encuentra caducada.- Por lo que fundamentado en el Art. 89 sección tercera de la Constitución de la República del Ecuador presenta la acción de Habeas Corpus".- En la aplicación a lo dispuesto en los Artículos 86 y 89 de la Constitución de la República del Ecuador, a la que se subordina el Art. 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se convoca a la Audiencia Pública y se dispone la comparecencia del accionante, para ello, que se notifica al Director del Centro Provisional de Detención de Quito y al Juez accionado.- Luego, a la mencionada audiencia comparece el accionante señor LUIS ALEJANDRO MANCHENO CORDOVA trasladado por un guía penitenciario y asistido por su abogado defensor Dr. Mauricio Figueras, quien en forma verbal manifiesta: "Señora Jueza en piezas procesales que constan en el proceso se determina que mi defendido pierde su libertad el 20 de mayo del presente año 2015 por una Boleta de Apremio por el tiempo de 30 días por lo que a la presente fecha, la Boleta se encuentra expirada por lo que se encuentra de manera ilegal detenido el señor LUIS ALEJANDRO MANCHENO CORDOVA, por lo tanto cancela cincuenta dólares mensuales más la pensión alimenticia, fijada, que la autoridad competente resolverá sobre el pedido realizado. Por lo expuesto solicitamos se disponga la libertad".- Para resolver se considera.- PRIMERO.- A la presente Acción de Habeas Corpus se le ha dado el trámite previsto en el artículo 89 de la Constitución del Ecuador y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 43, 44 y 45, que permiten el ejercicio del control y la administración de justicia constitucional, por lo que al no existir omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa, se declara válido el proceso.- SEGUNDO.- El juez accionado del Dr. Fabián Espinosa, Juez de la Unidad Judicial Especializada Cuarta de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, del cantón Quito presenta información respecto de la causa de alimentos N. N. 2011-1589 y adjunta copia certificada de la Boleta de Apremio girada en contra del accionado.- TERCERO.- El señor LUIS ALEJANDRO MANCHENO CORDOVA, mediante Acción Constitucional de Habeas Corpus, se acepta a

no se cumple con la pensión alimenticia, sino existen otras medidas igualmente idóneas establecidas en los literales b y c del Art. 134 del Código de la Niñez y la Adolescencia... c. Consecuencia de ello es que si no superar uno de los pagos exigidos en el examen de proporcionalidad debe declararse que la medida así adoptada no es proporcional y en consecuencia tendrá visos de inconstitucionalidad... en suma, si el derecho de la libertad se ve afectado en extremo, por no propósito imperioso, como la garantía del derecho a la alimentación de los niños que a la postre no se cumple en muchos casos... la medida entonces es distorsionada, lo que conllevaría a ordenar la inmediata libertad del solicitante del habeas corpus (...) ello no quiere decir que el propósito principal de la medida deba ser dejada a su suerte esto es que el derecho de alimentación de los niños se convierta en una lucha, ocasión de la preservación de la libertad por la que aboga el constitucionalismo y reivindica el Tribunal Constitucional... En razón de lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se acepta la Acción de Habeas Corpus presentada por el señor LUIS ALEJANDRO MANCHENO CÓRDOVA, con C.C. 1710844463, a fin de garantizar el derecho a la libertad al accionante ordenando su inmediata libertad. Oficiosa al Centro de Detención Provisional CDP. Quito a fin de que cumpla con lo ordenado por esta autoridad constitucional, deje en inmediata libertad al señor LUIS ALEJANDRO MANCHENO CÓRDOVA, con C.C. 1710844463.- Ejecutoriada esta sentencia, por Secretaría, - Notifíquese.- f).- DRA. MARTEA CECILIA VIMOS VIMOS, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL;

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

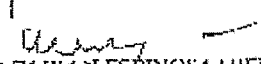
DR. EDISON GABRIEL RODRIGUEZ VASQUEZ
SECRETARIO DE LA UNIDAD JUDICIAL TERCERA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTON QUITO

-3-
Pres
- 98
2020

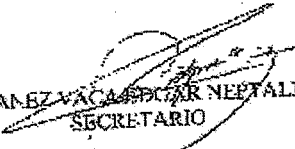
Juicio No. 17962-2011-1589

UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA CUARTA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, DE LA PROVINCIA DE PICHINCHA DE PICHINCHA. Quito, jueves 9 de junio del 2016, las 14:35. VISTOS. Agréguese al proceso la razón reunida por la oficina de Ejecución de esta Unidad Judicial, de la que se desprende que el obligado señor LUIS ALEJANDRO MANCHENO CORDOVA adeuda más de dos pensiones alimenticias en la cantidad de USD \$ 4.796,06 cuatro mil setecientos noventa y seis dólares con seis centavos, dentro de la causa No. 17962-2011-1589; por tanto si demandado no ha cumplido con lo dispuesto en el mandamiento de pago de fecha 05 de abril del 2016, las 10:09 a favor de su hijo/a. Por consiguiente en aplicación a lo preceptuado en el literal c), numeral 39 del Art. 66 de la Constitución de la República, en armonía con los Arts. 136 y 137 del Código Orgánico General de Procesos, a petición de parte se dispone:

- 1) El apremio personal del ciudadano LUIS ALEJANDRO MANCHENO CORDOVA, portador de la cédula de identidad No. 1710844463, de 46 años de edad, por el tiempo de 60 días, por ser reincidente.
- 2) Girase la correspondiente boleta de apremio personal, para lo cual notifíquese a la señora Jefe del Departamento de Violencia Intrafamiliar de la Policía Nacional (DEVIF), a fin de que efective la medida cautelar dictada por esta autoridad y traslade al apremiado al Centro de Detención Provisional del cantón Quito, para lo cual, notifíase el oficio correspondiente.
- 3) Con fundamento en el segundo inciso del Art. 37 del Código Orgánico General de Procesos, de ser necesario y bajo estricta responsabilidad de la ejecutante se ordena el allanamiento del lugar donde se encuentre el obligado, a fin de que la presente orden de apremio se cumpla.
- 4) Orden de apremio sin perjuicio de que esta autoridad, ordene la inmediata libertad del obligado, una vez que cancele la totalidad de las pensiones alimenticias adeudadas o que se apruebe el acuerdo conciliatorio propuesto por las partes procesales.
- 5) De acuerdo a lo establecido en el artículo mencionado 20 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, hágase conocer al Consejo de la Judicatura para que incorpore al mencionado señor como deudor de las pensiones alimenticias, en el Registro de Deudores, quecos a su vez remitirán el nombre del deudor a la Superintendencia de Bancos y Seguros para la incorporación en el Sistema de Registro o Central de Riesgos.
- 6) Se ordena la prohibición de salida del país del señor LUIS ALEJANDRO MANCHENO CORDOVA, cédula de identidad N° 1710844463, para lo cual oficiase a la Gerencia del Proyecto De Fortalecimiento de la Unidad De Control Migratorio.
- 7) En observancia a lo dispuesto en el Art. 139 número 5 del Código Orgánico General de Procesos, si transcurrido el término de 30 días desde la fecha de emisión de este Auto de Apremio, no se ha hecho efectiva la aprehensión al apremiado ciudadano, la orden de apremio cesará, por lo que la Autoridad Policial se abstendrá de aprehender al obligado. Por la naturaleza del caso no se notifica al demandado. NOTIFÍQUESE.

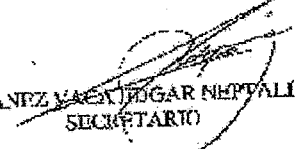

RAMIRO FABIAN ESPINOSA FREIRE
JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA CUARTA DE LA
FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE

Certifico:


YANEZ VACA EDGAR NEPTALI
SECRETARIO

En Quito, jueves once de junio del dos mil dieciséis, a partir de las dieciséis horas y cincuenta y cinco minutos, mediante bulcitas judiciales notifiqué el AUTO que antecede a: NAVAS GONZALEZ NORMA MARIA en la casilla No. 6049 y correo electrónico mmorono@defensoria.gob.ec del Dr. Ab. YANEZ ROCHA MILTON RENT. No se notifica a MANCHINO CORDOVA LUIS ALEJANDRO, DRA. IDANEL CORINA ARIAS NOVILLO dada la naturaleza de la providencia.

Certifico:


YANEZ VACA EDGAR NEPTALI
SECRETARIO

ANDREA MALDONADO

CAUSA N°

17204-2015-1281

SEGUIDA POR:

Evelyn Selena Loor Cantuña,

(En representación de su hija Naidelyn Maily Chicaiza Loor)

EN CONTRA DE:

Alexis Robinson Chicaiza Cabascango

MARCOS RENATO CARRILLO B.

ABOGADO

Quelmer XV, 10 de Agosto y Colón
Edificio Mariscal Feroz Piso 04-784
Tel. 2523113 / 0984731824
Quito - Ecuador

**SEÑOR JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL CUARTA DE LA FAMILIA MUJER
INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE PICHINCHA**

CAUSA N.- 17204-2015-1281


ALEXIS CHICAIZA CABASCANGO, de nacionalidad ecuatoriana, dentro del juicio de alimentos, que se sigue en su judicatura, comparezco y digo lo siguiente:


Señor Juez me encuentro detenido en el Centro de Detención Provisional de Quito, por el no pago de pensiones alimenticias, por lo que solicito se señale día y hora para que se me conceda una Audiencia de Conciliación ya que me es imposible pagar toda la deuda de pensiones alimenticias.

Señor Juez designo como mi Abogado defensor, MARCOS RENATO CARRILLO, profesional del derecho, quien autorizo a que me represente, a cuanto escrito sea conveniente en la defensa de mis derechos.

Notificaciones las recibí en el casillero judicial No 3752 en la calle Clemente Ponce de esta ciudad de Quito, o al correo electrónico, renacarro@hotmail.com

Firmo con mi Abogado defensor.


ABOGADO
MARCOS CARRILLO
MAT 17-2011-685


ALEXIS CHICAIZA CABASCANGO
CI 142358759-2

Acta
Art. 130.11 COFJ
Causa N° 2015-1281-ggg

En la Ciudad de Quito-Ecuador, el día jueves treinta y uno de diciembre del año dos mil quince, las ocho horas y treinta minutos, Dra. Gabriela Cristina García Guananga, Jueza de la Unidad Judicial Especializada Cuarta de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Quito, conforme se desprende de la acción de personal N°4823DP-UPTH, de fecha 30 de junio de 2015 y secretario de esta Unidad, siendo el día y hora para llevarse a cabo la audiencia de conciliación ordenada en providencia anterior, comparece la accionante Sra. Evelyn Selena Llor Cantuña, cédula de ciudadanía N° 1726924515 por sus propios y personales derechos, y comparece el señor Alexis Robinson Chicaiza Cabascango, cédula de ciudadanía N° 1723589592, acompañado de su abogado patrocinador Ab. Christian David Játilva López, matrícula 17-2013-340 del Foro de Abogados del Consejo de la Judicatura. Esta audiencia ha sido convocada en atención a lo determinado en el Artículo 130 numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial. La suscrita Jueza inicia esta audiencia invocando el artículo 174 inciso segundo de la Constitución de la República, que determina "La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley.", y, el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, que determina "PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL. En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeran a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley." La parte accionada hace conocer que han llegado al siguiente acuerdo: "Que la liquidación que se adeuda hasta la fecha, calculando hasta diciembre de 2015 y adicional de diciembre de 2015, asciende a la suma total de \$1214,50 de la cual el día de hoy se cancela \$300,00 en dinero en efectivo y el saldo de \$ 914,50 lo cancelará una cuota de \$14,00 y 18 cuotas iguales mensuales de \$50,00 adicionales a la pensión alimenticia fijada en favor de su hija Naldelyni Maily Chicaiza Llor, a partir de enero de 2016. La señorita Evelyn Selena Llor Cantuña, cédula de ciudadanía N° 1726924515, libre y voluntariamente sin presión de ninguna naturaleza acepta la propuesta y recibe el día de hoy en dinero en efectivo la suma de \$300,00 y acepta en su totalidad la fórmula de pago propuesta, así también solicita se disponga la inmediata libertad del señor Alexis Robinson Chicaiza Cabascango, cédula de ciudadanía N° 1723589592. Escuchados los comparecientes, su

abogado y por cuanto las partes procesales han acordado una fórmula de pago, con fundamento en el art. 4, art. 8, art. 2358 del Código Civil; art. 1, art. 3, art. 16 del Código Orgánico de la Niñez Adolescencia, art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial; y Art. Innumerado 27 del Código Orgánico de la Niñez Adolescencia, Resuelve: **APROBAR** el acuerdo al que han llegado las partes en la presente audiencia y enviar el proceso a liquidaciones a fin de que se actualice la cuenta kardex, a nombre de la señora Evelyn Selma Llor Cantuña, cédula de ciudadanía N° 1728974515, con la pensión alimenticia actual indexada y a fórmula de pago acordada. Se dispone se deje sin efecto la orden de Apremio Personal emitida por esta Unidad Judicial con fecha 25 de noviembre de 2015 a las 12h53, en contra del señor Alexis Robinson Chicaiza Cabascango, cédula de ciudadanía N° 1723589392, se deja sin efecto la medida cautelar de apremio personal del demandado; por lo cual se ordena la inmediata libertad del señor Alexis Robinson Chicaiza Cabascango, cédula de ciudadanía N° 1723589392, siempre y cuando no se encuentre a órdenes de otra autoridad competente, para el efecto ofíciase al Señor Coordinador del Centro de Detención Provisional de Pichincha, a fin de que cumpla lo ordenado por esta Autoridad y ofíciase a la Policía Judicial a fin de que tenga en cuenta que se deja sin efecto la referida orden de apremio personal y boleta constitucional de apremio de fecha 25 de noviembre de 2015 a las 12h53, en contra del señor Alexis Robinson Chicaiza Cabascango, cédula de ciudadanía N° 1723589392, que consta del oficio N° 2388-2015 UJCEFMNA-SUMQPP, dentro de la causa N° 2015 1281.- Con lo que se da por concluida la presente audiencia, firmando, comparecientes, abogados, jueza, y secretario que certifica.- (ref. 2015-1281-ggg)

Dra. Gabriela Cristina García Guevara
Jueza UJCEFMNA-UIC

Sra. Evelyn Selma Llor Cantuña
Accionante

Sr. Alexis Robinson Chicaiza Cabascango
Accionado

Ab. Christian David Jativa López
Abogado Accionado

Lo certifica:
Dr. José Pizarro Armas
Secretario UJCEFMNA-UIC

UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA CUARTA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, DE LA PROVINCIA DE PICHINCHA DE PICHINCHA. Quito, jueves 11 de diciembre del 2015. Las 09:09. Vistos - Comparece la accionante Srta. Evelyn Helena Llor Cantuña, cédula de ciudadanía N° 1726924514 por sus propios y personales derechos, y comparece el señor Alexis Robinson Chicaiza Cabascango, cédula de ciudadanía N° 1723589592, acompañado de su abogado patrocinador Ab. Christian David Jativa López, matrícula 17-2013-340 del Foro de Abogados del Consejo de la Jurisprudencia. Esta audiencia ha sido convocada en atención a lo establecido en el Artículo 139 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial. La susrita Jueza inicia esta audiencia invocando el artículo 174 inciso segundo de la Constitución de la República, que determina "La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos a dilación procesal, según sancionados de acuerdo con la ley." y, el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, que determina "PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL. En los procesos judiciales las partes y jueces exigirán a las partes y a sus abogados o abogadas que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba defensiva, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley." La parte actora declara haber comparecido a la siguiente audiencia: "Que la liquidación que se adeuda hasta la fecha, incluyendo honorarios de diciembre de 2015 y adicional de diciembre de 2015, asciende a la suma total de \$314.59 de la cual el día de hoy se cancela \$300.00 en dinero en efectivo y el saldo de \$14.59 de la cual una cuota de \$14.00 y 5 cuotas iguales mensuales de \$3.00 adicionales a la pensión alimenticia fijada en favor de su hijo Naitaly Maily Chicaiza Llor, a partir de enero de 2016. La señora Evelyn Helena Llor Cantuña, cédula de ciudadanía N° 1726924514, libre y voluntariamente sin presión de ninguna naturaleza acepta la propuesta y recibe el día de hoy en dinero en efectivo la suma de \$300.00 y acepta en totalidad la fórmula de pago propuesta, así también solicita se disponga la inmediata libertad de. señor Alexis Robinson Chicaiza Cabascango, cédula de ciudadanía N° 1723589592. Resueltos los comparecientes, su abogado y por cuanto las partes procesales han acordado una fórmula de pago, con fundamento en el art. 4, art. 8, art. 2333 del Código Civil; art. 1, art. 3, art. 16 del Código Orgánico de la Función Judicial; art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial; y Art. Innumerado 27 del Código Orgánico de la Niñez Adolescencia. Resueltos: APROBAR el acuerdo al que han llegado las partes en la presente audiencia y enviar el proceso a liquidaciones a fin de que se actualice la cuota de. a nombre de la señora Evelyn Helena Llor Cantuña, cédula de ciudadanía N° 1726924514, con la pensión alimenticia actual, índice y la fórmula de pago acordada. Se dispone se deje sin efecto la orden de Apremio Personal emitida por esta Unidad Judicial con fecha 25 de noviembre de 2015 a las 12h53, en contra del señor Alexis Robinson Chicaiza Cabascango, cédula de ciudadanía N° 1723589592, se deja sin efecto la medida cautelar de apremio personal del demandado, por lo cual se ordena la inmediata libertad del señor Alexis Robinson Chicaiza Cabascango, cédula de ciudadanía N° 1723589592, siempre y cuando no se encuentre a órdenes de una autoridad competente, para lo cual ofíciese al Señor Coordinador del Centro de Detención Provisional de Pichincha, a fin de que cumpla lo ordenado por esta Autoridad y ofíciese a la Policía Judicial a fin de que tenga en cuenta que se deja sin efecto la referida orden de apremio personal y bodega constitucional de apremio de fecha 25 de noviembre de 2015 a las 12h53, en contra del señor Alexis Robinson Chicaiza Cabascango, cédula de ciudadanía N° 1723589592, que consta del oficio N° 2015-1281-2015

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, María Clara Cabrera Miranda, con C.C. N° 171626035-9, autora del trabajo de graduación intitulado: "LA MEDIDA DE APREMIO PERSONAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS: PODER PUNITIVO LATENTE. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.", previa a la obtención del grado académico de **ABOGADA** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:


1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 13 de junio de 2017.

Ma. Clara Cabrera

C.C. N° 171626035-9

 **REPÚBLICA DEL ECUADOR**
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE
CIUDADANÍA
APELLIDOS Y NOMBRES
**CABRERA MIRANDA
MARIA CLARA**
LUGAR DE NACIMIENTO
**PICHINCHA
QUITO
BENALCAZAR**
FECHA DE NACIMIENTO **1993-07-01**
NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
SEXO **F**
ESTADO CIVIL **SOLTERA**

No **171626035-9**





INSTRUCCIÓN **BACHILLERATO** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** V4333V4222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
CABRERA ZABALA FIDEL EDUARDO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
MIRANDA CHAVEZ MARIA DOLORES

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
**QUITO
2013-09-13**

FECHA DE EXPIRACIÓN
2023-09-13





MA CLARA CABRERA



DIRECTOR GENERAL

SIGNA DEL CEDULADO

001271187

 **CERTIFICADO DE VOTACIÓN**
ELECCIONES GENERALES 2017
2 DE ABRIL 2017



007 JUNTA No. **007 - 066** NÚMERO **1716260359** CÉDULA



CABRERA MIRANDA MARIA CLARA
APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA
PROVINCIA

QUITO
CANTÓN

CUMBAYA
PARROQUIA

CIRCUNSCRIPCIÓN: **3**

ZONA:

